عبد الرزاق السنهوري

الوسيط
في شرح القانون المدني الجديد

نظرية الالتزام بوجه عام
مصادر الالتزام
المجلد الأول



دار النهضة العربية
القاهرة

الوسيط
في
شرح القانون المدني الجديد

---

(١)

نظرية
الالتزام بوجه عام

***

مصادر الالتزام

العقد — العمل غير المشروع — الإثراء بلا سبب — القانون

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس



كلمة افتتاحية

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدى رجال القانون أقوى ما أكون أملا فى أن يملأ فراغا وأن يسد حاجة . وقد اعتزمت فيه بمشيئة الله أن أشرح القانون المدنى الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والمبسوط . ولئن جعل الله فى العمر بقية ، وأمدنى بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ، ثم استعنت برفقة من زملائى فى إخراج المبسوط . فتتم بذلك حلقات ثلاث ، ينتظمها عقد واحد . والوسيط هو واسطة هذا العقد . تجمله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً . ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أوفى من الوجيز فى سد حاجات العلم والعمل . وهو أدنى من المبسوط للباحث الذى لا يملك غير وقت محدود .

***

و بعد فطابع القانون المدنى الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، و يطاوع التطور . والاستقرار يتمثل فى وصل الحاضر بالماضى . والتطور يتراءى فى تطلع الحاضر إلى المستقبل .

***

و إيذاناً بأن الحاضر متصل بالماضى ، عمدت فى هذا الكتاب إلى أمرين :

(أولهما) أننى طفقت أشير إلى القضاء والفقه المصريين فى عهد القانون المدنى القديم كما لو كانا قد نبتا فى عهد القانون المدنى الجديد . وتراني أشير إليهما دون أن أشعر القارىء بأن القانون المدنى قد تغير ، ودون أن أنبه إلى أن القضاء والفقه اللذين أستند إليهما قد قاما فى عهد القانون المدنى القديم . وأردت بذلك أن أدل

على أن ما كان يصلح قضاء وفقهاً فى الماضى لا يزال صالحاً حتى اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والعهد الحاضر لا يزال متصلا بالعهد الماضى أوثق الاتصال . وتعمدت أن أنقل عن كتابى فى نظرية العقد وعن كتابى الآخر فى النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتملا عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، فى العبارات ذاتها التى وردت فى الكتابين ، بعد توفير ما ينبغى من الملاءمة ليساير الكتاب الجديد أحكام القانون الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضى ، وحتى أثبت من طريق عملى أن الكتاب الذى كان يصلح مرجعاً فى القانون القديم لا يزال صالحاً فى كثير من نواحيه مرجعاً فى القانون الجديد . فيتحقق من لا تزال خلجة من الشك تتردد فى نفسه أن القانون الجديد لم يؤذن بثورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد رجعت عن بعض الآراء الفقهية التى سبق لى أن اعتنقتها فى الكتابين اللذين أسلفت ذكرهما ، فتلك سنة العقل البشرى ، لا يقيم على خطة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يستوعب الحقائق مطلقة . ويدرك اليوم ما لم يكن قادر على إدراكه بالأمس .

ولما كان القانون الجديد — فيما استحدث من النصوص والأحكام — لا يزال بكراً لم يرد فيه قضاء أو فقه ، فقد استعضت عنهما بما نقلت من الأعمال التحضيرية . فأرخت كل نص من نصوص القانون الجديد مذ كان النص فى المشروع التمهيدى ، متعقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائى ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص القانون الجديد . ونقلت ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص . واعتمدت فى كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد التى أصدرتها وزارة العدل فى أجزاء سبعة .

وكنت إذا ما استحدث القانون الجديد تغييراً ، أعنى كل العناية بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سريان الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون للنص المستحدث من أثر رجعى ، وبخاصة ما يكون له من أثر فورى ، وفقاً للنظريات الحديثة .

(والأمر الثانى) أننى جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما ، من بين سائر النظم القانونية الأجنبية ، النظام الأجنبى الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد القانون المدنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا حيث أتابع التطور التاريخى لبعض المبادىء القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد تعمدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فيكون هو القضاء البارز فى جميع نواحى الكتاب ، لا يغنى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يقف إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفعل ذلك زراية بالقضاء الفرنسى أو غضاً من شأنه ، وإلا فهو القضاء الذى نزلنا ضيوفاً فى ساحته الواسعة ، وعشنا زمناً فى رحباته الفسيحة . ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أقامه على عمد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خمسة وسبعين عاماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم ، حتى أصبح من حقه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يجد الباحث فيه لكل مسألة مرجعاً . وبلغ فى الذاتية شأواً أبعد مما بلغ الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئولياته كاملة .

* * *

هذا عن اتصال الحاضر بالماضى . أما عن تطلع الحاضر إلى المستقبل ، فآيته أن القانون المدنى الجديد يفتتح عهداً جديداً .

يتمثل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ،

وقد أرسى أساسها على ماهر باشا باللجان التى ألفها لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فناظرت هذه الحركة المثمرة المباركة قرينتها التى نبتت ستين عاماً قبلها وانتهت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التى قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فما أشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفى نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، فخطت خطوة حاسمة فى مدارج تطورها القانونى . وهى اليوم ، فى نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتتبوأ مكاناً مستقلا فى الأسرة العالمية للقانون .

و إذا كانت مصر قد استقلت بتشريعها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضائها و بفقهها . وأن هذا العهد الجديد ، الذى افتتحه القانون المدنى الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعتزمت أن يكون لها قضاء ذاتى وفقه قومى .

هذه هى المرحلة الجديدة التى تخطوها مصر ، وهذه هى الآفاق الجديدة التى تطالع بها رجال القانون فى هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصرى بالاستقلال فى سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونتريه هى صك استقلاله . وظفر القضاء المصرى بالتوحيد بعد انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . فعلى القضاء المصرى تقع تبعات جسيمة ينبغى له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصرى أن يكون الرائد للقضاء المصرى ، يمهد له السبيل ، و يعبد له الطريق .

و إذا كان القانون المدنى الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ، فليست هذه ، فى الكثرة الغالبة منها ، غير مصادر استئناس للصياغة . أما الغالبية العظمى من أحكامه فستمدة من أحكام القانون المدنى القديم ومن المبادىء التى أقرها القضاء المصرى طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً فى كتاب « نظرية العقد » : « علينا أولا أن نمصر الفقه ، فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال ، هو أيضا ، يحتله الأجنبى ، والاحتلال هنا فرنسى . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عنتاً ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصرى يتلمس فى الفقه الفرنسى الهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه فى جو مصرى ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالميـة ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة فى سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن» .

واليوم يسعدنى أن أنقل هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهى تنظر مشروع القانون الجديد : «أن النصوص التشريعية الواردة فى هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية فى التفسير والتطبيق والتطور . فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعى ينبغى أن يعيش فى البيئة التى يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالا تاماً عن المصدر التاريخى الذى أخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء ذاتى وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلا

عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . و بذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، و يتأكد استقلالها ، و يتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي ، يستند إلى قضاء وفقه لهما من الطابع الذاتي مايجعل أثرهما ملحوظاً في التطور العالمي للقانون» .

تطور النصوص في صميم الحياة القومية : هذه هي مهمة القضاء والفقه في مصر منذ اليوم . ولاعذر لهما إذا هما تخليا عن هذه التبعة الخطيرة ، وتركا الاجتهاد إلى التقليد .

و إن القانون المصري الجديد ليؤذن بعهد جديد لا في مصر فحسب ، بل أيضاً في البلدين الشقيقين العربيين ، سورية والعراق . و يكفي أن يكون هذا الشرح للقانون المصري الجديد هو في الوقت ذاته شرح للقانون السوري الجديد ، فما بين القانونين إلا فروق طفيفة أشرت إليها في حواشي هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسي لشرح القانون العراقي الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . وقد حان الوقت ليتعاون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وفقهاء العراق . و يتكاتفوا جميعاً لإرساء أساس قوي « للقانون المدني العربي » . يكون قوامه الفقه الإسلامي ، قانون المستقبل لبلاد العروبة جميعاً .

و إذا كنا نشعر اليوم بنزعة محمودة إلى تثبيت ذاتيتنا وتأكيد استقلالنا ، بعد أن صلب عودنا وشببنا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المعترف بالفضل والجميل مانحن مدينون به للفقه الأجنبي ، و بخاصة للفقه الفرنسي . فقد كان هذا الفقه التكئة التي عليها نرتكز ، والنور الذي به نهتدي ، ولا زلنا مغمورين بفيضه حتى اليوم .

***

هذا والكتاب الذى أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح للقانون المدنى الجديد . فلابد أن يكون بعيداً عن حد الكمال . وما أعجلنى إلى إخراجه إلا علمى بأن الثاية بعيدة ، وأن العمر قصير ، وأن الكمال لله وحده .

وقد تفضل صديقى الأستاذ الفاضل مصطفى كامل اسماعيل فكفل تصحيح «التجارب» ، فعاون بذلك على إخراج الكتاب معاونة مشكورة ، تخففت بها من مشقة بالغة . جزاه الله عنى خير الجزاء .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه المصرى ، وقد بدت بشائر هذا الاستقلال قبل ذلك فى كتب ورسائل قيمة لزملاء هم فى الذروة من فقه القانون المدنى ، فإنى أرجو أن يكون الكتاب ، فى هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الغرض ، وملأ شيئاً من الفراغ ، وسد بعضاً من الحاجة .

وبالله المستعان .

أبريل سنة ١٩٥٢

نظرة
في
التقنين المدني الجديد

كيف وضع ، وكيف يكون تفسيره
وما استحدث من أحكام ، وما يرسم من اتجاهات عامة

---

١ — **تنقيح التقنين المدني** : كيف قامت فكرة التنقيح ، وكيف حققت .

٢ — **القواعد التي قام عليها التنقيح** : كيف عولجت عيوب التقنين القديم — مصادر التنقيح وطرق التفسير في التقنين الجديد .

٣ — **الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم** : ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قننه وكان معمولا به من قبل .

٤ — **الاتجاهات العامة للتقنين الجديد** : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة .

(١)

تنقيح التقنين المدنى

(كيف قامت فكرة التنقيح . وكيف حققت)

---

١ — كيف قامت فكرة التنقيح

ا) عيوب التقنين المدنى القديم [١]

العيوب الموضوعية :

يكتنف الظروف التى وضع فيها التقنين المدني القديم شيء من الغموض ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبين لنا كيف وضع . والظروف التى وضع فيها ، والسياسة التشريعية التى توخيت فى وضعه .

والمعروف أن واضع التقنين المدني المختلط هو الأستاذ مانوري Manoury . كان محامياً فرنسياً يقيم فى الإسكندرية . واتخذه نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلطة فى مصر ، وعهد إليه فى وضع التقنينات المختلطة فى سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها فى العام التالي (سنة ١٨٧٣) .

وقد اقتبس مانوري التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسى ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً مخلا فى كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسى وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر فى سنة ١٨٦٦ . ولم يغفل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدني المختلط فى ٢٨ من يونيه سنة ١٨٧٥ . ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين — كان فيهم

---

(١) انظر مقالا لنا نشرناه فى مجلة القانون والاقتصاد (السنة السادسة ، العدد الأول) فى وجوب تنقيح القانون المدنى ، وقد نشر قسم من هذا المقال فى الكتاب الذهبي للعيد الخمسيني للمحاكم الوطنية .

محمد قدري (باشا) وحسين فخري (باشا) وبطرس غالي (باشا) — وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسائر التقنينات المختلطة إلي اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختلطة ، أن تطلعت إلي إصلاح القضاء الوطني وتنظيمه علي غرار القضاء المختلط . وكان ناظر الحقانية إذ ذاك محمد قدري باشا . فتألفت في أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موريوندو **Moriondo** وهو محام إيطالي عين قاضياً في محكمة الإسكندرية المختلطة في سنة ١٨٧٥ . وبقي في القضاء المختلط حتي وصل إلي منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة . وتوفي سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لائحة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت في ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة في الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها علي مثال التقنينات المختلطة . وكان من نصيب الأستاذ موريوندو أن يضع التقنين المدني الوطني ، فنقله نقلا يكاد يكون حرفياً من التقنين المدني المختلط . واشترك محمد قدري باشا مع الأستاذ موريوندو في وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العرابية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائي . ولما أخمدت الثورة أعادت الحكومة النظر في لائحة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها معدلة في ١٤ من يونيه سنة ١٨٨٣ ثم أصدرت التقنين المدني الوطني في ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، فالتقنينات الخمسة الأخري في ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلي اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهبه (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختلطة التي سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض (١) .

وقد سجلت قوانين «الإصلاح» المختلطة والوطنية في تاريخ التقنين المصري مرحلة تقدم واسعة في العهد الذي صدرت فيه . وقضت علي كثير من مساويء

---

(١) انظر في الإصلاحات القضائية التي تمت في ذلك العهد : ووريلاي بك القاهرة سنة ١٨٩٢ ص ٢٧ — ٢٩ — دي روزاس في نظام الامتيازات الأجنبية في الامبراطوريه العثمانية بباريس سنة ١٩٠٥ الجزء الثاني ص ٢٧١ وما بعدها — دي هلتس جزء ١ ص ٧ وما بعدها — عبد السلام ذهني بك في مسئولية الدولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعدها — إميل فهر كامل في القضاء =

الماضي . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فتطورت المدنية ، واستدار الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقنع اليوم بما كانت تقنع به بالأمس ، وأخذت عيوب هذه التقنينات تظهر شيئا فشيئا . ويحسن أن أشير هنا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدني القديم .

وأول ما يعيب هذا التقنين أنه محض تقليد للتقنين الفرنسي العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده . والتقنين الفرنسي قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذي يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفي خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقارن إلى مدى جعل التقنين الفرنسي في الصف الأخير من التقنينات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت في العهود الأخيرة ، ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنينات القرن العشرين ، ولا نجد لها أثراً في التقنين الفرنسي ، وقد ولد في فجر القرن التاسع عشر ، ولا في تقنيننا المدني الذي أخذ عنه . فمبدأ التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات ، وتنظيم الملكية في الشيوع ، وعقود التزام المرافق العامة ، وعقد التأمين ، وحوالة الدين ، والإعسار المدني ، كل هذه المسائل الخطيرة لا نعثر على نص واحد فيها لا في التقنين الأصيل ولا في التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنينان من النظريات والأحكام ، نري الكثير منها ناقصاً مبتورا . ويكفي أن نشير إلى أهم نظرية في القانون المدني وهي نظرية الالتزام ، وإلى أهم باب فيها وهو باب المصادر ، حتى يظهر بجلاء أن أحكام العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وردت في التقنينين غامضة مقتضبة . فلا نجد في أحكام العقد شيئاً عن النيابة في التعاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ولا عن الحق في الحبس ، بل نحن لا نجد في

= المختلط المصري واختصاصاته التشريعية بروكسل سنة ١٩١١ ص ٨ وما بعدها — دي بيه في اختصاص القضاء المختلط في مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ ص ٩ وما بعدها — مسينا في القانون المدني المصري المختلط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ وما بعدها — برنتون في المحاكم المختلطة في مصر سنة ١٩٣٠ ص ٩ وما بعدها — الكتاب الذهبي للعيد الخمسيني للمحاكم المختلطة — الكتاب الذهبي للعيد الخمسيني للمحاكم الوطنية — فال والدكتور ماشي في القانون التجاري المصري سنة ١٩٣٣ الجزء الأول ص ١ و ٧ — الدكتور رمزي سيف في تنازع الاختصاص ما بين المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ١٩ وما بعدها .

مسألة من أدق مسائل العقد ، وهي مسألة تكوينه ، إلا صمتا محيرا . فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التعاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد في المسئولية التقصيرية إلا عدداً قليلا من النصوص تسكت عن أهم المسائل في هذه المسئولية . أما في الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة في هذا الموضوع الخطير (١).

ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين في بعض المسائل ، كما فعل في ترتيبه لمصادر الالتزام وفي عيوب الرضاء والهبة المستترة والتضامن في المسئولية التقصيرية والمصروفات الفاحشة في بيع الوفاء وامتياز المقاول من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربي بكثير على ما تجنبه منها .

ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتضاب . وفيه غموض وتناقض . ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتضاب فيكفي أن نتصفحه لنتبين ذلك في وضوح . فهو في حق الملكية ، أهم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين ، يتحدث في الثاني منهما عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضيقها انتشاراً في مصر ، فإذا به يفيض في نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسي تقليداً أعمى ، حيث حق الانتفاع في فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون الميراث . ثم هو في نظرية الالتزام يفيض في المسائل التي لا حاجة للافاضة

---

(١) وقد كان التفكير في تنقيح التقنين المدني الفرنسي يلقى مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون في فرنسا في أوائل هذا القرن . ولكن فكرة التنقيح ما لبثت أن اختمرت أمام التقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين في القرن العشرين وأمام قدم التقنين المدني الفرنسي ووقوفه عن مسايرة التطور . فتقرر تنقيح هذا التقنين تنقيحا شاملا ، وشكلت لهذا الغرض في سنة ١٩٤٥ لجنة من كبار رجال القانون في فرنسا ، وعلى رأسهم عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليودي لا موراندير **Julliot de la Morandière** ولا تزال اللجنة ماضية في عملها ، وقد أخرجت حتى اليوم أربعة أجزاء من أعمالها التحضيرية (سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٩) .

فيها كما فعل فى الالتزامات التخييرية والالتزامات التى يكون القانون مصدرها ، ويقتضب فى المسائل التى هى فى أشد الحاجة إلى البيان والتفصيل كما فعل فى تكوين العقد وفى الاشتراط لمصلحة الغير وفى الدعوى البوليصية وفى المسئولية التقصيرية وفى الإثراء بلا سبب .

وفى التقنين القديم غموض وتناقض . يغشى الغموض فى كثير من نصوصه الجوهرية . ويكفى الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والالتزام الطبيعى والشرط الجزائى والمحل والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والتضامن وعمل الفضولى والحيازة ، لنتبين أن هـذه النصوص قلقة غامضة لا تخلص إلى معنى مستقر ثابت . أما التناقض ما بين أحكام التقنين القديم فهو أمر غير نادر الوقوع . إذ بينما يحمل المشترى تبعة الهلاك فى بيع المثليات قبل التسليم ، نرى البائع هو الذى يحمل هذه التبعة بوجه عام . وقد سار التقنين القديم التقنين الفرنسى فى الأولى ، ونقل عن الشريعة الإسلامية فى الثانية . وبينما لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت لغيره من المدينين المتضامنين ، إذا به يجوز له أن يتمسك بها بقدر حصته فى الدين . وفى الوقت الذى يجيز فيه التقنين القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد ، إذا به يقرر فى عبارة عامة وفى غير احتراز أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقديها . وينزل بالحد الأقصى للفوائد الاتفاقية إلى ٩ فى المائة ، ولكنه يرتفع به فى عقد القرض إلى ١٢ فى المائة . ولم يسلم التقنين المدنى الوطنى من أن يتناقض فى بعض أحكامه مع التقنين المدنى المختلط . فالتقنين الوطنى يشترط فى حوالة الحق رضاء المدين ، ويكتفى التقنين المختلط باعلانه . ويبيح التقنين الوطنى بيع المحصولات قبل أن تنبت ، ويحرم التقنين المختلط هذا البيع . ويجعل التقنين الوطنى أقصى مدة الاسترداد فى بيع الوفاء خمس سنين ، وينقص التقنين المختلط هذه المدة إلى سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم . منها أنه أغفل أهم شرط فى التملك بالتقادم القصير ، وهو شرط حسن النية . ونقل أحكام بيع المريض مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوقع فى غلطتين : نظر إلى مال البائع وقت البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت ، وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع والصحيح أن العبرة بالقدر المحابى به . وقرر أحكاماً غريبة فى النفقات نقلها

عن القانون الفرنسي وهي تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها ، بل تنفق على زوجة أبي زوجها . وذكر أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائي التزاماً تخييرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخييرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين ينقضي ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد . وزعم التقنين المدني المختلط أن القسمة منشئة للحق ، والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة

العيوب الشكلية :

وفي التقنين القديم — إلى هذه العيوب الموضوعية — عيوب شكلية ترجع إلى تبويبه وإلى ازدواج لغته . فتبويبه واضح العيوب . إذ هو يجمع في كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء. ويفصل في كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود المسماة ، ولا محل لهذا الفصل ، فالعقود المسماة تتصل بنظرية الالتزام أوثق الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين ، ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازي ويورده دون غيره في العقود المسماة . ولا يشتمل على باب تمهيدي لمصادر القانون ولتطبيقه في الزمان والمكان ، ولغير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلي لا تقل عن عيوب التبويب العام . ففي الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية نري قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق، ولا نري أثراً للملكية في الشيوع ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب في المكان المخصص للشركات وفي قانون المرافعات (م ٧١١/٦٢١ مرافعات). ونري قاعدة جوهرية كالقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية موزعة توزيعاً غريبا بين التملك بالعقد (م ٦٨/٤٦) والتملك بالتقادم (م ٨٦-١١٥/٨٧-١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧-٧٣٣/٦٠٨-٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأي ترتيب منطقي أو عملي لوحظ في تسلسل أسباب كسب الملكية . وفي الكتاب الثاني المخصص لنظرية الالتزام نري

نظرية الالتزام فى ذاته مشطورة شطرين توسطت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثاني يتناول أول مصادر الالتزام وهو العقد . والباب الثالث يخلط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يفيض فى المصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلي الانفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة فى نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلي نظرية الالتزام فى ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ويرتبها ترتيباً غير منطقى . ويمضى الباب السادس فى إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه فى هذا الكتاب أصلا ؛ وإنما تجده منزوياً فى الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفى الكتاب الثالث الذي خصص للعقود المسماة تجد هذه العقود قد وردت واحداً بعد الآخر فى غير ترتيب واضح . فيأتي بعد البيع الإيجار وهو يمزج مابين إيجار الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فعقد العارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع العقود دون ترتيب، فتخلص من الوديعة إلي الكفالة . ثم إلي الوكالة ، فالصلح ، فرهن الحيازة ، فالغاروقة ! أما الكتاب الرابع فقد قدمنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادي فى التنفيذ على أموال مدينه ، ومن ثم ترد إشارة إلي الدعوي البوليصية (م٥٥٦/٦٨٠) ؛ والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالرهن الحيازي يرد فى العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية ، ثم أحكام تفصيلية فى دفاتر التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلى، فإن الترتيب الداخلى لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقى أو اعتبار عملى . ولا حاجة للخوض فى ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين فى الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلي اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلى يقابله نص رسمى ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدليس ، يشترط النص العربي أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا يشترط

النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هو النص الفرنسي ، فقد أراد المشرع المصري أن يتجنب عيباً في القانون الفرنسي بأن يجعل التدليس الصادر من الغير كالإكراه الصادر من الغير عيباً في الرضاء . وإعذار المدين ، يقرر النص العربي أن الإنذار فيه يجب أن يكون رسمياً ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هنا هو النص العربي . والوفاء مع الحلول . لا يشير النص العربي فيه إلي دين جديد يحل محل دين قديم ويصرح النص الفرنسي بذلك ، والصحيح هنا أيضاً هو النص العربي. واسترداد الحصة الشائعة . لا يشترط النص العربي في الشركاء أن يكونوا أصليين ويشترط ذلك النص الفرنسي ، والصحيح هو النص الفرنسي(١) . فأنت تري قدر الاضطراب الذي يقع من ازدواج لغة التشريع ومن عدم اضطراد القاعدة في الأخذ بأي النصين : فتارة يؤخذ بالنص العربي ، وأخري بالنص الفرنسي. هذا إلي أن الترجمة العربيـة ، وهي النص الرسمي ، يقع كثيراً أن تكون ترجمة خاطئة لم تتحر الدقة فيها (٢) .

ب) التنقيح الشامل :

هذه هي عيوب التقنين القديم أشرنا إليها في إيجاز لأن الكثير منها معروف. وتقنين على هذا القـدر من العيوب لا يجوز التردد في القول بوجوب تنقيحه ،

---

(١) انظر أيضاً في التقنين الوطني المادتين ٨٤ و ٨٥ وهما خاصتان بوقف سريان المدة ، والمادة ١٣٤ وهي خاصة بالغلط ، والمادة ٢٧٠ وهي خاصة بتسجيل عقد البيع .

(٢) انظر أمثـلة لذلك في التقنين الوطني المواد ٩٤ و ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣١ و ١٤٣ و ١٦٧ و ١٩١ و ٢٠٩ و ٢٦٢ و ٢٦٥ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٤٩٩ و ٥٣٨ و ٥٣٩ (الغموض) — ٨٤ و ٨٥ و ٩٥ و ١٣٦ (الخطأ) .

هذا إلي أن النص العربي قد تفشي فيه عدم الدقة في التعبير وركاكة الأسلوب . والأمثلة على ذلك كثيرة . فالإلغاء لفظ يراد به البطلان (م ٤٨ و ٥٣ و ٤٦٠) ، والفعل هو العمل القانوني (م ١٤٣) ، والمعاوضة هي المقايضة (م ٣٥٦ وما بعدها) ، والميري هو الدولة (م ٩ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤) ، ووضع اليد هو الاستيلاء (م ٤٤) ، وإضافة الملحقات للملك هي الالتصاق (م ٤٤) ، والدائن هو الدين (م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١) ، والمشارطة هي العقد (م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ١٤١ و ١٤٢ و ٣٦٠) ، والملزومية هي الالتزام (م ٣٠٢) . ويعبر القانون القديم عن الشيء الذي لا يفترض فيقول «لا يحكم فيه بالظن» (م ١١٤) ويقول يتحصل ويستحصل بدلا من يحصل (م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٠٤ و ٥٦٩ و ٥٠٩ و ٥٩٦ و ٥٩٩) ، ويعبر عن السـيد يستقدم الخادم استقداماً خاصاً بأن السيد «قد استحضر الخادم بالخصوص» (م ٤٠٣) ألخ .

وبتنقيحه تنقيحاً شاملا . فالتنقيح الجزئي لا يجدي في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثنايا التقنين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان التنقيح الشامل هو المبدأ المقرر في جميع اللجان التي توالت على تنقيح هذا التقنين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلي أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلي المذكرة الرسمية التي كانت أصلا في تأليف اللجان جميعاً .

والتقنينات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختلف عليها الزمن ، لا يجدي فيها الترقيع . وبحسبك أن تنظر إلي التقنين المدني النمساوي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم نقح تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولي ، تراه رثاً مهلهلا يطالعك فيما بين ثناياه القديمة البالية بقطع مرقعة تلمع فيها الجدة ، فتعجب من هذا الازدواج الغريب ما بين القديم والجديد ، ويفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التنسيق والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجهل الناس به ، مع أنه من أهم التقنينات الجرمانية . ويكفي أن تقارن بينه وبين التقنينين الجرمانيين الآخرين ، الألماني والسويسري ، حتى تتبين أنهما يبزانه كثيراً في التماسك والانسجام ، وإحكام الحبك ، وكمال الصنعة

وقد عمد واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إلي التنقيح الشامل دون التنقيح الجزئي ، فطلعوا على الناس بأثر تشريعي جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما نقحوا تقنينهم المدني في العهد الأخير ، فجاء تنقيحهم شاملا جامعاً . وهذا هو ما اعتزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم ينقحون تقنينهم المدني العتيق تنقيحاً شاملا ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التقنين الإيطالي والتقنين الفرنسي في هذه الحاجة إلي التنقيح الشامل ، وقد نقح أولهما فعلا وأخذ الثاني طريقه إلي التنقيح ، فما أولي التقنين المصري بالتنقيح الشامل وهو الذي جمع إلي عيوبه الذاتية عيوب الأصل الذي حاكاه .

والآن وقد تم التنقيح ، واستوي التقنين الجديد متخذاً مكانه بين التقنينات الحديثة ، أريك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملا ؟ وهل كان يجدى فيه التنقيح الجزئي ؟ وأين كانت النصوص الجديدة تجد مكانها بين نصوص التقنين القديم ، وهي لا تقل في العدد عن هذه ، وكلها بين نص واضح الضرورة ونص محقق النفع ؟ ثم أما كان التنقيح الجزئي يفرض بقاء التقنين على تقسيمه القديم

بما حواه من عيوب ، وعلى تبويبه الأصلي بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه المعهود بما اعتوره من خلل ! (١) .

م) الظروف التي نبتت فيها فكرة التنقيح :

نبتت فكرة تنقيح التقنين المدني منذ عهد بعيد . وقد كان التقنين القديم منذ صدوره محلا لتعديلات جزئية متفرقة (٢) .

---

(١) وقد عرضت «لجنة القانون المدنى» لمجلس الشيوخ لهذه المسألة في تقريرها القيم الذى رفعتـه للمجلس فقالت : «ويراعى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة ومبلغ التنقيـح في الأحكام التفصيلية هما العنصران اللذان يتحكمان بصفة قاطعة في أمر المفاضلة بين الأسلوبين المتقدم ذكرهما (التنقيـح الشامل والتنقيـح الجزئي) . فالتقنين الحـالى لم يتضمن إشارة إلى حـكم تعاقب التشريعـات في الزمان ، ولم يفرد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . إحداها تتعلق بالمواريث والثانية بالوصايا والثالثـة بالأهلية . ولم يشتمل على قواعد عامة في شأن الشخصية المعنوية ، ولم يورد أحكاما عامة أو خاصة في صدد حوالة الدين أو عقود المقاولات أو التزامات المرافق العامة أو عقد العمل أو الحـكر أو إيجار الوقف أو تنظيم الإعسـار أو تصفية التركات . وإذا لوحظ أن المواد التى تنظم هـذه المسـائل يربى عددها في المشروع على نصف عدد مواد التقنين الحالى القديم وأن الارتباط بينها وبين سـائر المسائل التى يتناولها التقنين المدنى لا يسوغ معه استصدار تشريعات خاصة بالنسبة إليها ، رجحت كفة التعديل الشامل على نحو لا سبيل إلى الشك فيه . وثمة موضوعات أخرى أجمل التقنين الحالى (القديم) الأحـكام المتعلقة بها إجمالا أدخل في معنى الاقتضاب ، كتـكوين العقد والدعوى البولصية والاشـتراط لمصلحة الغير والمسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية والحراسة والملـكية الشائعة وملـكية الطباق ورهن الحيازة وحق الاختصاص . وتفصيل مثل هذه الأحكام على تشعبها لا يجدى فيه أى تعديل جزئى إلا إذا أريد التغـاضى عما يلابسها من عيب في غير حاجة أو مصلحة . والواقع أن الأمر لا يتعلق بمجرد التفصيل لزيادة الإيضاح أو إزالة الإبهام ، ولـكنه يتصل باستكمال أحكام ترتب على قصورها في كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب المعاملات . ومن المحقق أن حسم هذا الخلاف من طريق التنويه صراحة بالحـكم لا يتيسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . . وقد راعت اللجنة فضـلا عن ذلك أن التعديل الشـامل يعين على إعادة تبويب القانون تبويباً منطقياً يبرز نواحى الارتباط والتقابل بين الموضوعات وييسر الجمع بين أطراف مسائل انتثرت أحكامها في التقنين الحالى دون نظام رغم ما بين أجزائها من وثيق الصلات . فبهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينهج هذا النهج المنطقى المتسق في التبويب ، وأن يؤصل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ والنيابة في التعـاقد وحقوق الارتفاق وحقوق الامتياز . ففى ذلك ما يعين على تقريب الأحكام من الأذهان وييسر فقهها وتطبيقها» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٤ — ١٢٥) .

(٢) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر العالى الصادر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ =

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر فى إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيما فكرت فيه تنقيح القانون المدنى .

على أن التنقيح الشامل لم يكن محلا للتفكير فى تلك العهود . ولكن التطورات العميقة التى ساقتها الحرب العالمية الأولى مالبثت أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون المصرى من الأجانب فى ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيللى (١) والأستاذ مسينا (٢) والأستاذ والتون (٣) والأستاذ بوابيه (٤) . فكان الأولان من خصوم التنقيح الشامل ، والأخيران من أنصاره (٥) .

وأول تصريح رسمى حاسم فى اعتزام الحكومة تعديل التقنين المدنى والتقنينات الأخرى تعديلا شاملا ورد فى الخطاب الذى ألقاه وزير الحقانية فى

= من تحويل حق أصحاب الأطيان الخراجية إلى ملكية تامة . وكذلك الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخاصة ، وهو قانون مكمل للتقنين المدنى لامعدل له . وصدر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال ينقص سعر الفوائد القانونية إلى ٥ ./. فى المواد المدنية (وكانت ٧ ./.) وإلى ٧ ./. فى المواد التجارية (وكانت ٩ ./.) ، ثم صدر مرسوم بقانون فى مارس سنة ١٩٣٨ ينقص سعر الفوائد الاتفاقية إلى ٨ ./. مع جواز خفضها إلى ٧ ./. بمقتضى مرسوم . وصدر أمر عال فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يعدل التقنين المدنى المختلط فيلغى الرهن القضائى ويستعيض عنه بحق الاختصاص . وصدر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المختلط، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطنى) قانون مستقل يعدل أحكام الشفعة — انظر أيضاً دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتعديل المادة ٧٤١ مختلط الخاصة بقيد الديون الممتازة على العقار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ مختلط الخاصة بحق المجرى والمسيل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٦٩٢/٥٦٨ الخاصة بالفوائد التى يضمنها قيد الرهن . وصدر قانونان رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانونان رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع الوفاء الذى يخفى رهن حيازة ، وقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٣٣ لطرح البحر وأكله ، وقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ لحماية الدائن المرتهن .

(١) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .

(٢) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .

(٣) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .

(٤) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٣٩ .

(٥) أنظر تفصيل ذلك فى مقال لنا نشر فى مجلة القانون والاقتصاد فى تنقيح القانون المدنى (السنة السادسة العدد الأول) وهو المقال الذى سبقت الإشارة إليه .

عيد الاحتفال الخمسيني بالمحاكم الوطنية في سنة ١٩٣٣ (١). وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذي كان سائداً في ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين، فنادوا بوجوب تنقيح التقنين المدني تنقيحاً شاملاً (٢).

ثم توالت الأحداث السياسية، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقترب، ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب. وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦، توقعت الوزارة التي كانت قائمة في الحكم إذ ذاك — وزارة علي ماهر باشا — أن هذه المعاهدة لابد أن تعرض للامتيازات الأجنبية، وأن تقضي بإلغائها. فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضي تعديل التقنينات المصرية التي وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة، ونقلت نقلاً يكاد يكون حرفياً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها. فأخذت للأمر أهبته، وشكلت لجنتين، إحداهما لتعديل التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين المرافعات، والأخرى لتعديل التقنين الجنائي وتقنين الإجراءات الجنائية.

٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

(اللجان التي تعاقبت على تنقيح القانون المدني)

اللجنة الأولى:

وكل إذن إلى إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدني تنقيحاً شاملاً. وكانت هذه اللجنة برياسة مراد سيد أحمد باشا، وأعضاؤها سبعة غير

---

(١) وقد جاء في هذا الخطاب ما يأتي: «أما من حيث التشريع فإن القوانين التي وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها. وهناك نية في مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها حتى تضارع أحسن القوانين في البلاد المتمدينة، وستؤلف لجنة خصيصاً لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء» (انظر الكتاب الذهبي للعيد الخمسيني للمحاكم الوطنية ١ ص ٧).

(٢) وقد عبر المقال الذي نشرناه بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الوطنية في وجوب تنقيح القانون المدني عن هذا الشعور، فجاء فيه ما يأتي: «وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها في هذا الشأن الخطير. ونعتقد أننا نعبر بأمانة عن رأي المصريين المشتغلين بالقانون إذا قلنا إن التقنين المدني المصري في أشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع».

الرئيس (١) وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر فى أول مارس سنة ١٩٣٦ . وحدد المجلس عامين للجنة لكى تتم فى خلالها أعمالها ، واشترط تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التى نيطت بهم تفرغاً تاماً فى نظير مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى فى المدة مابين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ ، تاريخ افتتاح عملها الرسمى ، و٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها ، عشر جلسات وزعت فى خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التمهيدية فى القانون المدنى على أساس المشروع الذى تقدم به الأستاذ لينان دى بلفون أحد أعضائها ، وهى تتعلق بمصادر القانون وبتنازع القوانين . وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد من هذه النصوص أربعة هى المواد الأولى فيه ، وكذلك استبقى مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لينان دى بلفون فى الأشخاص المعنوية والجمعيات والمؤسسات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكد تقضى فى عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء فى ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً فى النفقات ! وكان ذلك على أثر تغير الوزارة . وقد أنجزت هذه اللجنة — عدا النصوص التمهيدية فى القانون المدنى التى سبقت الإشارة إليها — مايقرب من ثمانين مادة من القانون التجارى تتعلق كلها بالكمبيالة وأوراق الصرف (٢) .

---

(١) وهم صليب سامى (باشا) وموسيو لينان دى بلفون ومستر مرى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فيه وموسيو الفريد واسكولى وعبد الرزاق أحمد السنهورى (باشا) .

(٢) ورد فى مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء فى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ (سنعود إليها فيما يلى) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتى : «فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة الحقانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحسه البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن مسايرة التقدم الاجتماعى ، وبالرغبة المتزايدة فى توحيد التشريعات الأهلية والمختلطة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يعهد إليها بهذه المهمة . وقد وافق مجلس الوزراء على هذه المذكرة ، وقرر فى أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التى اقترحتها وزارة الحقانية وأقام نظامها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة للانتهاء من العمل ، وتفرغ الأعضاء وأعوانهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . والواقع أن مجلس الوزراء فى هذا العهد كان بصيراً كل البصر بخطر هذا العمل التشريعى وما يقدر لآثاره من الخلود ، وكان مدركا تمام الإدراك أن حرص القائمين به على بلوغ الكمال أو الدنو منه قد يغريهم بعدم التقيد بزمان معين للفراغ من مهمتهم . ولما كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعى قد بلغت فى =

اللجنة الثانية :

وبقى العمل معطلا بعد حل اللجنة الأولى إلى أن صدر فى ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برياسة كامل صدقى (باشا) ومعه عشرة أعضاء (١) . على أسس تغاير الأسس التى قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وألغى نظام التفرغ والمكافآت وقد خرج من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية . وعهد إليها فصلا عن القانون المدنى وقانون التجارة البرى والبحرى ، بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية فى المدة مابين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و٢١ من يونية سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها مايقرب من عشرين جلسة ، انتهت فيها إلى الموافقة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشفعة والكفالة . وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد من هذه الأعمال النصوص المتعلقة بالشفعة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها (٢) .

= إلحاحها مبلغا لا يتيح الإسراف فى الأناة ، فقد حدد قرار مجلس الوزراء عامين للجنة لكى تتم فى خلالها أعمالها . وإذ كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لجسامة العمل الذى أسند إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التى تكفل إتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل ، فاشترط أولا تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التى نيطت بهم تفرغا تاما . لذلك تقرر منعهم من القيام بأعمال وظائفهم الأصلية من طريق الانتداب الكامل ، كما حرم على أصحاب المهن الحرة منهم أن يزاولوا مهنهم . ولما كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جهدا إضافيا من القائمين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعوانهم من السكرتيرين الفنيين والإداريين مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم وتحفزهم على الحرص على إتمام العمل فى الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تحديد الزمن والتفرغ والمكافأة ، تم تشكيل اللجنة ... » .

(١) وهم صليب سامى (باشا) وعبد الفتاح السيد بك ومصطفى الشوربجى بك ومحمد فؤاد حسنى بك والمستر مرى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فيه وشيفاليه انطونيو بنتا وموسيو ليون باسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد فى مذكرة وزير العدل التى تقدم بها إلى مجلس الوزراء فى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتى « فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين المالية والتجارية تكلف الدولة عبئاً مالياً باهظاً ، فهى تكبد الخزانة ما يربو على ٤٨٠٠٠ جنيه وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على =

اللجنة الثالثة والأخيرة :

وفى ١٦ من يونية سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة باشا ـ وكانت الوزارة قد تغيرت ـ بمذكرة إلي مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحية نظام اللجان للبدء بأعمال التقنين ، كما أن التجربة فى أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التقنين إلي أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على الرأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلي لجنة تتولي مناقشته وتقويم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد فى وضع المشروع التمهيدى للقانون المدني إلي اثنين من المشتغلين بالقانون يختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما ويتماه فى مدى ستة شهور .

وفى ٢١ من يونية سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ماجاء بمذكرة وزير العدل ، فحلت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفى ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير

= أسس تناقض الأسس الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة ، وألغت نظام التفرغ ، وألغت المكافآت ثم صدر فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية . . على أن عقد مقارنة عاجلة بين اللجنتين تتيح الوقوف على عيب الأسس التى قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففى حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً وفذا فى عملها . إذ عقدت فى مدة شهرين عشر جلسات أتمت فى خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بعض نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية بطيئة فى عملها ، لم تعقد فى خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء محدودة من التقنين ، هى النصوص التمهيدية ، والنصوص الخاصة بالموطن . والواقع أن هذا الفارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء فضلا عن أعباء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم يتح لها الإكثار من الكفايات الفقهية والكفايات التى توفرت على خبرة خاصة بشؤون التقنين . ثم أن شعور الأعضاء بتفضلهم بذلك العمل لم يكن يتفق مع تحديد فترة معينة يتمون فى خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأمم التى سبقت مصر فى ميدان التقنين قد دلت على أن هذا العمل يجب أن يحدد له أجل معين ، ويفضل الأجل القصير فى هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية فى تطور مستمر ، فلو أطيل أجل التعديل لقدر له أن يظل متخلفا عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ولعل الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وقصره يفضى لزاما إلى وجوب تفرغ من يعهد إليهم بشأن التقنين لهذه المهمة ووجوب توفرهم على ما تتطلبه من كفايات خاصة » .

العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإسناد مهمة وضع المشروع التمهيدى للقانون المدني لإثنين من رجال القانون ، أحدهما الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثاني مؤلف هذا الكتاب (١) .

وإلى هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذه وزير العدل ـ لجنة قليلة العدد لا تجاوز اثنين تتفرغ لعملها تفرغاً تاماً (٢) ـ يرجع الفضل فى إنجاز المشروع التمهيدى فى قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه فى سنة ١٩٤٢ (٣) . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة

---

(١) جاء فى تقرير «لجنة القانون المدنى» لمجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١): «ولقد بدأت الجهود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٣٦ . فى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ ناطت وزارة العدل (بحضرة صاحب المعالى) عبد الرزاق السنهورى باشا مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل إلى رجال القضاء وأساتذة القانون وسائر الهيئات للادلاء بالرأى فيما تضمن من أحكام» . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامبير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم تواته الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة ، إلا أنه اشترك اشتراكا جديا فى الأعمال الأولى ، وقام وحده بوضع بعض نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود المقاولة والتزام المرافق العامة والعمل والتأمين .

(٢) وقد عاون اللجنة الدكتور حلمى بهجت بدوى فاشترك فى أعمالها الأولى ، ثم جدت ظروف قطعته عن العمل ، والأستاذان استوريت وساسى اللذان كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، فوضع الأول منهما المشروع الابتدائى للباب الخاص بإثبات الالتزام والفصل الخاص بعقد الشركة ، وعاون الثانى فى وضع النصوص الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان .

وتألفت سكرتارية فنية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقص وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتقسيم الأشياء وعقود القرض والعارية والوديعة ، والأستاذ عبده محرم بك وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالحراسة ، والدكتور محمد زهير جرانة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والرهان والمقامرة ، والدكتور شفيق شحاته وقد اشترك فى أعمال المراجعة وبخاصة ما تعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعا أوليا للنصوص الخاصة بحوالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى بك ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجعته مراجعة شاملة .

واستعانت اللجنة فى بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوطنية هم الأساتذة محمد عزمى بك وعبده محرم بك وأحمد زيد بك وعبد العزيز محمد بك ونجيب أحمد بك .

(٣) وضع المؤلف المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الخاص بنظرية الالتزام باللغة الفرنسية حتى يتفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة فى أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد بغدادى ، كما عاون فى وضع الجزء الأول الخاص بالباب التمهيدى مستعينا بما تركه الأستاذ لامبير من مذكرات فى هذا الباب.

القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات (١) .

وفى ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برياسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون (٢) ، تعاونها هيئة فنية (٣) ، لمراجعة المشروع فى ضوء ماتم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات . وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها . وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولى جلساتها فى أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدى فى ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ .

وأرسل المشروع النهائي إلي مجلس الوزراء فى ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ (٤) .

---

(١) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً فى المشروع التمهيدى ، وأرسلته للادلاء بالرأى فيه إلى محكمة النقض ومحكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية والمختلطة وأقسام قضايا الحكومة ونقابتى المحامين الوطنية والمختلطة وكبار رجال القانون البارزين وكليتى الحقوق بجامعة فؤاد وجامعة فاروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل السابقين وبنك مصر والبنك الأهلى والبنك الزراعى وبنك التسليف الزراعى وطائفة من رجال القانون المعروفين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض ولإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع هذه الهيئات . وأرسل الكثير منها عن لهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظاتها فدرستها «لجنة القانون المدنى» بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدى بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برياسة المستشار برنتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برياسة الأستاذ أحمد حلمى بك ، ومحكمة المنيا الكلية الوطنية برياسة الأستاذ محمد عزى بك .

وتفضل عميد رجال القانون فى مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى باشا فعنى بمراجعة جميع نصوص المشروع مراجعة دقيقة شاملة .

(٢) هم الشيخ المحترم مصطفى محمود الشوربجى بك عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أيوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مرسى (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان حافظ بك المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية .

(٣) وقد شكلت من الأستاذ عبده محرم بك مدير مكتب لجان التشريع بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بغدادى أستاذ القانون المدنى بجامعة فاروق والدكتور سليمان مرقص أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحاته أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكى بك رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية .

(٤) أرسله وزير العدل أحمد خشبة باشا . ومن المصادفات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذى شكل فى سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة ، وهى اللجنة التى أنجزت المشروع .

وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة (١)، وصدر مرسوم بعرضه على البرلمان فى ٤ من ديسمبر سنة ١٩٤٥ (٢).

وعرض المشروع على مجلس النواب، بعد أن أحيل على «لجنة الشؤون التشريعية» برياسة حضرة النائب المحترم على أيوب بك وكيل المجلس (٣)،

---

(١) وقد راعى واضعو المشروع التمهيدى أن يجعلوا المشروع يشتمل من النصوص على «الحد الأقصى لما يجوز أن يدرج فى تقنين مدنى حديث» حتى يسهل بعد ذلك على لجنة المراجعة أن تحذف من هذه النصوص ما ترى الاستغناء عنه. وصدروا المذكرة الإيضاحية للمشروع بالبيان الآتى:

«يرى واضعو هذا المشروع أن النصوص الواردة فيه هى الحد الأقصى لما يجوز أن يدرج فى تقنين مدنى حديث دون أن يؤخذ عليه إسراف فى التفصيل. على أن ثمة تحفظات بشأن نصوص قد يصح التساؤل عما إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها. وإذا كانت هذه النصوص قد أثبتت فى المشروع، فقد أريد من ذلك إلى إفساح المجال للاختيار، أو إلى الأخذ بالأحوط، ولا سيما أن حذف مالا يؤنس غناء فيه أيسر من إنشاء ما تقتضيه ضرورة».

وكان من ذلك أن نزلت لجنة المراجعة بالمشروع من ١٠٩١ مادة هى المواد التى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليها إلى ١٢٥٣ مادة هى ما خلصت إليه من النصوص فى المشروع النهائى.

(٢) وقد عنيت «لجنة القانون المدنى» بلجنة الشيوخ أن تبرز فى تقريرها نصيب المصريين فى وضع القانون المدنى الجديد، فقالت: «والآن وقد استردت البلاد سيادتها التشريعية، وأوشك أن يتقلص آخر ظل من ظلال نظام الامتيازات، يطيب للجنة أن تعرب عن عظيم اغتباطها بأن يكون القانون المدنى الجديد تعبيراً مصرياً خالصاً عن هذه السيادة. فهو يعد بعد الدستور أهم تشريع وضعه المصريون أنفسهم. فقد أعد مشروعه فقيه مصرى يشغل مكانة رفيعة بين علماء القانون. وقد أدلى المصريون بالرأى فيه، وكان هذا الرأى محل تقدير ودراسة. وقد تولت مراجعته لجنة اشترك فيها من رجال الفقه والقضاء والمحاماة فريق من المبرزين، وهو فى هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة وشيوخها للنظر فى أحكامه، فى ضوء علمهم وخبرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها. فإذا جاوز هذه المرحلة، أصبح القانون المدنى «المصرى» حقيقة ونعتا. وكان للأجيال القادمة أن تعتز به، وأن تعلم لمجرد العبرة والذكرى أن مصر احتملت على مضض منها تقنيناً معيباً، ولكنها اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت، بنفسها ولنفسها، هذا التقنين الجديد». (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص١٢٢ — ص١٢٣).

(٣) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسى بدر بك، وعزيز مشرقى بك، وعلى الخشخانى بك، ومحمد هاشم (باشا)، ومحمد شوكت التونى بك، ومحمد توفيق خشبة بك، وعبد المجيد الشرقاوى بك، والدكتور على ابراهيم الرجال بك، ومحمد أمين والى بك، وأحمد محمد بريرى بك، ومصطفى الصاى بك، وعبد المنعم أبو زيد بك، وحسن محمد اسماعيل بك.

فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية زهاء ستة شهور ، من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦ (١) .

---

(١) وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتي : «بجلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون المدني على لجنة الشؤون التشريعية ، وهو أضخم عمل تشريعي قدمته حكومة إلى البرلمان ، ويفوق في أهميته كل ما عداه من الأعمال التشريعية ، لما له من أثر بالغ في الحياة العامة في تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات . إذ القانون المدني هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد . لذلك أولت اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فشكلت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسته : تولت الأولى بحث الباب التمهيدي والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود المسماة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق العينية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بحثه ، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات ، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة ، التي والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأكمله ، فأقرت بعض ما اقترحته اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والعامة صاحب العزة عبده محرم بك مدير إدارة المحاكم الوطنية مندوباً عن وزارة العدل ، فلاقت منه معاونة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات حضرة صاحب السعادة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا وزير المعارف العمومية السابق بصفته — في مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعته اللجنة لمعاونتها طبقاً المادة ٦١ من اللائحة الداخلية ... ولا يسع اللجنة وهي تختم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي أدلى بها مندوب الحكومة بصدد الانتهاء من بحث المشروع وهي : إن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالا تاما عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر» .

«وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعا لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لهما من الطابع الذاتي ما يجعل أثرهما ملحوظاً في التطور العالمي للقانون» .

«وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجدا المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط ، بعد أن انفك عنهما غل التقيد بمتابعة قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا=

وأحيل المشروع بعد ذلك إلي مجلس الشيوخ ، فقرر في ٣ من شهر يونية سنة ١٩٤٦ إحالته إلي لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني ، برياسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك وكيل المجلس(١) . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مدة عامين ، استمعت في خلالها إلي كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة (٢) . وأحالت المشروع بعد أن أقرته إلي مجلس

= في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من التقيد بمتابعة أي قانون معين . فخرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص٢٦ وص٣٢) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمي عيسى باشا ومحمد حسن العشماوي باشا وأحمد رمزي بك وجمال الدين أباظة بك ومحمد علي علوبة باشا وسابا حبشي باشا وخيرت راضي بك .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشاري محكمة النقض وأساتذة القانون وقد ناقشتها اللجنة طويلا (أنظر تفصيل ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص٣٩ — ص١١٨) وقد جاء في محضر الجلسة الثامنة والخمسين للجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي : «عرضت اللجنة في هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التي أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع القانون المدني من حيث فهم أحكامه وتفسيرها وتطبيقها ، وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع حقه من البحث في تقريرها الذي رفع إلى المجلس . ولكن رغبة في زيادة الإيضاح وتأكيد المعنى الذي ذهبت إليه اللجنة في تقريرها المذكور عهدت إلى حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يدلي ببيان في هذا الموضوع الهام أمام المجلس وهو كما يأتي : (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادىء التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر ، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون. وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحدها . (ثانيا) أن الأحكام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القانون ومن أن القاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثا) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنينات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات . حوالة الدين . ملكية الأسرة . اتحاد الملاك . الإعسار المدني . تصفية التركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع ، وبذلك تكون قد انعزلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص١١٦ — ص١١٧)

الشيوخ (١) ، فأقره المجلس فى ٢٨ من شهر يونيه سنة ١٩٤٨ (٢) . وأحيل ثانية إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التى رأى مجلس الشيوخ إدخالها ، فأقرها مجلس النواب فى ٥ من شهر يولية سنة ١٩٤٨ .

---

(١) وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص١١٩) : « بجلسة ٣ من يونية سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدنى مشروع القانون المدنى معدلا على الوجه الذى أقره مجلس النواب . وقد توفرت اللجنة على دراسة هذا المشروع فى ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لغاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، بحضور حضرات صاحب المعالى عبد الرزاق السنهورى باشا وزير المعارف العمومية وصاحب العزة عبده محمد محرم بك المستشار بمجلس الدولة والدكتور حسن أحمد بغدادى وكيل كلية الحقوق بجامعة فاروق الأول ، وأفرغت فى تمحيص نصوصه من العناية ما أتاح لها أن تتبين مرامى أحكامه وتتثبت من مسايرتها لأوضاع الحياة وحاجات المتعاملين . وأدخلت من التعديلات ما أوحت به التجارب أو ما درج عليه القضاء أو ما تيسر من أمر المعاملات . ووجدت من الحكومة فى هذه الناحية معاونة تسجل لمندوبيها بالثناء والتقدير . ولم يغب عن اللجنة ما لتعديل القانون المدنى من أثر بالغ فى نطاق المعاملات ونطاق العلوم القانونية بوجه عام ، باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد وسائر المخاطبين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المنظمة للشق الأكبر من هذه الروابط ، ولذلك حرصت اللجنة كل الحرص على أن يتناول بحثها كل ما يتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجنة فى هذا البحث مجرد التفكير النظرى أو التدليل المنطقى . ولم تقتصر فى صدده على ما كان لحضرات الأعضاء المحترمين من آراء ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأمعنت النظر فى دليل كل منها ، استرشدت فى ذلك كله بالحقائق المستخلصة من دراسة نصوص المشروع ... » وقد أشرنا فى أماكن أخرى إلى بعض فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) ومما يذكر لمجلسى النواب والشيوخ بالحمد والتقدير أنهما أقرا المشروع فى يسر بالرغم من أن كلا منهما نظره والدورة البرلمانية تقارب نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلائم ما بين إجراءاته الداخلية ومقتضيات النظر فى تقنين طويل ذى صبغة فنية بارزة كالتقنين المدنى ، مما دل على أن برلماننا يملك من المرونة فى العمل ما يجعله صالحا لمواجهة الأعمال التشريعية وفقاً لطبيعة كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المحترمين تأجيل نظره للدورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فعجل بهذا التصرف الحكيم إقرار المشروع . ومن غريب المصادفات أن موقف المجلس هذا قد حاكى موقفا مماثلا للريشتاج الألمانى عند نظره التقنين المدنى الألمانى من ١٩ يونيه إلى ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٦ ، فقد تقدم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألمانى على المجلس بطلب تأجيل النظر فيه إلى الدورة التالية ، فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التقنين ورفض الطلب ، وأقر المشروع فى أيام قلائل (أنظر سالى : مقدمة فى دراسة القانون المدنى الألمانى باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ — ص٣٧)

هذا وقد قدم المشروع إلى مجلس الشيوخ حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل — وكيل المجلس ورئيس لجنة القانون المدنى به — بخطاب قيم ، ورد فيه ما يأتى :

وفى ١٦ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره . ونشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل به إبتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى من اليوم الذى توحد فيه القضاء المصرى بزوال النظام المختلط ، وبلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة (١) .

= «فى منتصف أكتوبر من السنة المقبلة يشرق على القضاء المصرى عهد جديد تستكمل فيه البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمانينا . ففى هذا التاريخ تختتم مصر مرحلة مريرة فى تاريخها ، وتستفتح مرحلة أخرى كريمة ، يحفز المصريين فيها فوزهم بالحق إلى النهوض بتحمل جسيم التبعات وعظيم المسئوليات . وها هى مصر تتخذ الأهبة لمواجهة ما تقتضيه هذه المرحلة ، فتنجز إصلاحات تشريعية ضخمة كانت قد تراخت — مضطرة — فى إنجازها حقبة طويلة من جراء القيود التى كان نظام الامتيازات يفرضها . وفى هذه الدورة تعرض على حضراتكم تشريعات هامة أساسية ، تناولتها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدنى . وقد ظل هذا القانون — منذ أن وضع فى سنتى ١٨٧٦ و١٨٨٣ — على حاله فيما خلا تعديلات جزئية . واليوم يعرض على حضراتكم مشروع تنقيحه . وقد تولى المصريون أنفسهم إعداده وتحضيره ، ويدلى البرلمان بالرأى فيه . وبهذا يكون التقنين المدنى مصرياً فى أسلوبه وصياغته، مصرياً فى وضعه وغايته . وهل أبلغ من أن يطبق القضاء المصرى — فى الوقت الذى يخلص له فيه السلطان — تشريعا مصرى الأركان والبنيان فتقترن سيادتنا القضائية بسيادتنا التشريعية ؟» .

« ومما يجب أن أشير إليه فى هذا المقام أن المشروع المعروض قام على دعامتين رئيسيتين : (الأولى) الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لأبعد الحدود ، فما من حكم صالح من هذه الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب . (الثانية) تقنين ما استقر من المبادىء فى أحكام القضاء المصرى مع ترجيح ما كان منها خليقاً بالرجحان عند اختلاف المحاكم . وعلى هذين الأساسين أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانتفع بتراث الماضى وجعل الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعى لايختلف أمره من هذا الوجه عن أى إصلاح يستبدل الخير بالذى هو أدنى فى غير تطرف أو عنف . وعلى هذا النحو لايقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماضى ، وإنما هو ييسر الانتفاع بما استقر من صالح الأحكام فى التقنين الحالى وفى أحكام القضاء ، ويصقلها صقلا يجعلها أقرب منالا وأوضح نهجاً . وقد عمد المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاؤم بين القدر الذى استحدثه من القواعد وبين المبادىء العامة التى ألفها الناس فى التعامل من قبل . وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤١ — ص ١٤٢ و ص ١٥٤) .

(١) الآن وقد فرغت من عرض المراحل المختلفة التى مر عليها التقنين المدنى الجديد ، أنقل كلمة كنت قد ختمت بها مقالى الذى نشرته بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الوطنية فى وجوب تنقيح القانون المدنى . وهى كلمة كتبتها منذ سبعة أعوام . وما كنت أعلم وقت ذلك أن مارددته أملا يطوف بالنفس سيصبح بعد وقت غير طويل حقيقة واقعة ، وهذا ما كتبته فى ختام المقال المشار إليه ، أنقله هنا تحية لهؤلاء الذين ذكرت أسماءهم ، وقد عاونوا بمشاطرهم على إخراج التقنين الجديد : =

وفى ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برياسة الأستاذ سليمان حافظ بك وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون (١) لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى والمحاضر والتقارير المختلفة (٢) ، ووزعت ماورد فى هذه الوثائق على نصوص التقنين .

= «على أن كل ماقدمناه ، إذا دل على أن تقنيننا معيب وأن مراجعته ضرورية ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سبلها ، وأصبح البت فى القيام بها أمرا ميسورا . فإن الرغبة مهما كانت صادقة فى عمل تقنين هى شىء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب فى مسائل التقنين على أن الرغبة وحدها لاتغنى شيئا . بل أن توافر الوسائل الفنيـة ذاتها لايكفى . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الدافعة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيراً بطيئاً ملتوياً ، يتعثر عند كل منعرج ، ويصطدم فى كل عقبة ، وقلما يصل إلى نهاية الطريق ... فهل لمصر أن تؤمل فى عهـد نهضتها الحاضرة أن تضم إلى انتصاراتها فى النشاط العلمى والنشاط الاقتصادى انتصارا جديداً فى النشاط القانونى ، فتعمل على إخراج تقنيـن مدنى جديد . . . أرجو أن يكون ذلك قريبا ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص١٤٣ — ص١٤٤).

(١) وهم الأستاذ عبده محمد محرم بك المستشار بمجلس الدولة والأستاذ محمد أحمـد غنيم بك مدير إدارة التفتيش القضائى بوزارة العدل والأستاذ بدوى حمودة بك المدير العام لإدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضى بمحكمة الاسكندرية المختلطة والدكتور سليمان مرقص الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حمزاوى عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ يحيى خيرالدين سكرتير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ والدكتور على على سليمان الموظف بوزارة العدل .

(٢) وهذه هى الوثائق التى جمعتها اللجنة ووزعتها على نصوص القانون ، فوضعت تحت كل نص ما اشتملت عليه هذه الوثائق فى شأن هذا النص :

١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
٢) محاضر اللجنة التى راجعت المشروع التمهيدى .
٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائى .
٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .
٥) محاضر جلسات مجلس النواب .
٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
٧) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية فى أجزاء سبعة (١)، هى التى ننقل عنها فى هذا الكتاب ما نرى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال (٢).

= وقد أشير إزاء كل نص إلى ما يقابله من النصوص فى القانون المدنى القديم وفى بعض التقنينات الحديثة وإلى ما عسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التى تتصل بهذا النص.

(١) الجزء الأول فى الباب التمهيدى، والجزآن الثانى والثالث فى النظرية العامة للالتزام، والجزآن الرابع والخامس فى العقود المسماة، والجزء السادس فى الملكية والحقوق العينية الأصلية، والجزء السابع فى التأمينات أى الحقوق العينية التبعية.

(٢) هذا وقد أعقب صدور التقنين المدنى الجديد أن ألفت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التقنين، برياسة الأستاذ سليمان حافظ بك وعضوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقص والدكتور شفيق شحاته والدكتور على سليمان. وقد أنجزت هذه اللجنة امهمتها، ونشرت الترجمة الفرنسية التى راجعتها.

(٢)

القواعد التى قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم ـ مصادر التنقيح وطرق التفسير فى التقنين الجديد

١ — كيف عولجت عيوب التقنين القديم
(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان الهم الأول لواضعي التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم سواء فى الشكل أو فى الموضوع .

١ — كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأينا أن التقنين القديم كان معيباً فى تبويبه ، ومعيباً فى ازدواج لغته وضعف أسلوبه . فلننظر كيف عولجت هذه العيوب فى التقنين الجديد .

(أولا) التبويب :

مشتملات التقنين الجديد : كان الأمر الأول الذى نظر فيه واضعو المشروع ، وهم يستفتحون عملهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين الجديد ، وكيف يبوب ، وكيف ترتب نصوصه فى كل باب ، وبتعبير آخر : ما هي الخطة plan التى يوضع التقنين الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن وضح أن الخطة التى قام عليها التقنين القديم . بما تحويه من عيوب وما يشوبها من نقص ، لاتصلح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم مالبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل التقنين الجديد على كل موضوعات القانون المدني ، فيحتوى قانون الأسرة كما يحتوى قانون المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يندرج فى

التقنين الجديد أحكام الأسرة ، فإن هذه الأحكام ليس مصدرها فحسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهي لم توحد فى كل أجزائها بالنسبة إلى جميع المصريين . وحدت فى أحكام الصغير والمحجور ، ووحدت إلى حد كبير فى أحكام الميراث والوصية ، ولكنها لم توحد فى الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدني الجديد بعقبات يتعذر تذليلها ؛ واعتزموا الاقتصار على أحكام المعاملات . واستظهروا فيما رسموه لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة بدت فى كثير من التقنينات الحديثة . فهذا التقنين البولوني : والتقنين اللبناني ، والتقنين السوفييتى فى المعاملات ؛ بل والتقنين السويسرى فى الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنينات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدني . فلا تثريب إذن على واضعى التقنين الجديد إذا هم أبقوا قانون الأسرة منفصلا ، وملابسات هذا القانون معروفة (١) .

قسم عام للتقنين الجديد : وإذ رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشتمل عليه من موضوعات ، برز أمامهم سؤال جديد فرضته سياسة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذى اشتمل عليه التقنين الألماني ، وسايره فيه كثير من التقنينات الحديثة ؟ كان أمام واضعى التقنين الجديد مثلان متعارضان : مثل التقنين الألماني وما تبعه من تقنينات أخرى ؛ ومثل التقنين الفرنسي وسائر التقنينات اللاتينية .

فالتقنينات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام ، وإنما تجتزىء بفصل تمهيدى قصير يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة فى تنازع القوانين

---

(١) بيد أنه إذا عز أن يجمع تقنين واحد المعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجتمع شتات قانون الأسرة فى تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدنى الجديد . والخطب يسير فى هذا الشأن ، فقد وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للوقف ، ورابع للمحاكم الحسبية (الصغير والمحجور) ، ولم يبق إلا تقنين خامس للزواج والطلاق والنسب فتجمع بذلك أجزاء قانون الأسرة ، ويضمها كتاب واحد . والأمل معقود فى أن يكون ذلك قريباً .

أما التقنين الألماني فقد حوى قسما عاما مسهبا اشتمل على مائتين وأربعين نصا ، تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية العمل القانوني (acte juridique) فعرض فيها لتفصيلات كثيرة مما يندرج عادة فى النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التقنين الصيني ، وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التقنين الألماني التقنين الأرجنتيني (٣٣١ مادة) والتقنين البرازيلي (١٧٤ مادة) وتقنين السوفييت (٥١ مادة) . وهذه التقنينات جميعها تناولت فى هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصادر القانون والتعسف فى استعمال الحق والشخص الطبيعي والشخص المعنوي وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة فى نظرية العمل القانوني .

لم يتردد واضعو التقنين الجديد طويلا بين هذين المثلين . فقد رأوا أن مثل التقنينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير فى الأحكام العامة لم يعدهو المثل المتبع فى التقنينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التقنين الألماني كاملا ، ولم يدرجوا فى القسم العام نصوصاً تتناول أحكام العمل القانوني . فإن أصلح مكان لهذه النصوص فى تقنين ذى صبغة عملية هو الفصل الذى خصص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم الأعمال القانونية . فإذا ذكرت أحكامه فى القسم العام بعنوان العمل القانوني ، أصبح واضعو المشروع بين أن يغفلوا هذه الأحكام فى الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التى تندرج عادة فيه ، وبين أن يعيدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطة العملية فى ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام فى الفصل المخصص للعقد ، ويحال عليها فيما يخص الأعمال القانونية الأخرى . هكذا فعل تقنين الالتزامات السويسرى . وقد آثر التقنين الجديد مسايرته فى هذه الخطة العملية الحكيمة (١) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة فقد احتواها الباب التمهيدى للتقنين الجديد . ويشتمل هذا الباب على ثمانية وثمانين نصا ، تناولت فى الفصل الأول منها القانون وتطبيقه . فعددت مصادر القانون . وقررت مبدأ التعسف فى استعمال

---

(١) أنظر مع ذلك المشروع الذى يعد لتنقيح التقنين الفرنسى وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية لجنة تنقيح التقنين المدنى سنة ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

الحق ، وذكرت القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان . وتناولت فى الفصل الثانى الأشخاص،ففصلت أحكام الشخص الطبيعي وأحكام الشخص المعنوى بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال .

التقسيم الرئيسي للقانون الجديد : وبعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد من تحديد مشتملات الباب التمهيدى ، كان عليهم أن يرسموا للتقنين تقسيماته الرئيسية . وقد توخوا فى هذا التقسيم أن يعالجوا عيوب التقنين القديم .فقد قدمنا :

(أولا) أن التقنين القديم جمع فى الكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك ؛ فإن الأموال تكون محلا للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال فى الباب التمهيدى ، فهيأ بذلك للفكرة الصحيحة من أن المال يصلح محلا للحقوق المالية كافة .

(ثانيا) أن التقنين القديم فصل فى قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل ؛ فالعقود المسماة إنما هي تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخي التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة فى قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبدء بنظرية الالتزام فى التقنين الجديد هو خير من البدء بالحقوق العينية الأصلية فى التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هي مفتاح القانون المدني ، بل هي مفتاح القانون بوجه عام . فالبدء بها أمر تستوجبه البداهة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثا) أن التقنين القديم خلط فى كتابه الرابع ، الذى عنونه بحقوق الدائنين ، بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلط ، فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقارى ، توقعاً للإصلاح الجوهرى الذى سيتم فى هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقارى . واستبقي من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجعلها بعنوان الحقوق العينية التبعية فى كتاب رابع ، يجيء بعد الكتاب الثالث فى الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتابين فى قسم واحد — هو القسم الثاني — لما بينهما من الصلة الوثيقة . وأورد التأمينات

العينية كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف مافعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يعتبره حقا عينيا .

وتخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسي للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المنطق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ بباب تمهيدى . ثم ينقسم إلي قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثاني للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلي كتابين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثاني للعقود المسماة . وكذلك يتجزأ القسم الثاني إلي كتابين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية . والثاني للحقوق العينية التبعية .

التبويب التفصيلى للتقنين الجديد : وفى تبويب الأقسام الرئيسية ، يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكتاب الأول من التقنين الجديد ، الذى خصص لنظرية الالتزام ، لوحظ فى تبويبه تجنب العيوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام فى ذاته ، ثم تركها ، قبل أن يفرغ منها ، إلي مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو ، بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلي نظرية الالتزام فى ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ، ويورد هذه الأسباب فى غير ترتيب منطقي ثم يختم نظرية الالتزام بباب مشوش فى طرق إثباته . ويترك انتقال الالتزام — ولا يعرف منه إلا إحدى صورتيه — إلي جهة منزوية فى الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين الجديد فيبوب الكتاب الأول فى نظرية الالتزام تبويباً منطقياً عملياً فى وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالعقد ، ويتناول أركانه فآثاره فانحلاله . وينتقل بعد ذلك إلي الإرادة المنفردة (١) فالعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ،

---

(١) وسنرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التمهيدى يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، واقتصر المشروع النهائى على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة فى هذه الحالات المعينة إلا التزامات تنشأ بنص فى القانون . وسنرتب على ذلك أن الإرادة المنفرده فى التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلا من مصادر الالتزام .

فالقانون . وهو فى كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه تسلسلا يمليه المنطق والعمل . ثم جعل الباب الثانى لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ العينى ، والتنفيذ بطريق التعويض ، ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العاديين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس والإعسار المدني . وهذا الباب على مافى تنسيقه من مشقة ، قد رتبت نصوصه ترتيبا قل أن تجد له نظيراً فى التقنينات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعدلة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلي تعدد محل الالتزام فيتكلم فى الالتزام التخييرى والالتزام البدلى ، وإلى تعدد طرفى الالتزام فيتكلم فى التضامن وعدم القابلية للانقسام . ثم يخصص الباب الرابع لانتقال الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك نقصا فى القانون القديم كان ملحوظا . ثم يعرض الباب الخامس لانقضاء الالتزام : فيرتب أسباب الانقضاء ترتيباً عملياً معقولا . ويختم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس فى إثبات الالتزام (١) .

والكتاب الثاني من التقنين الجديد خصص للعقود المسماة . وقد قدمنا أن التقنين القديم أورد هذه العقود فى غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويباً تسهل متابعته . فجعل الباب الأول للعقود التى تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع فالمقايضة فالهبة فالشركة فالقرض فالصلح . وجعل الباب الثاني للعقود التى تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالعارية . وجعل الباب الثالث للعقود الواردة على العمل ، وتناول فيه المقاولة والتزام المرافق العامة فعقد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع لعقود الغرر ، وتناول فيه المقامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فعقد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثاني بباب خامس فى عقد الكفالة .

---

(١) ولولا رغبة مشروعة فى عدم الابتعاد كثيراً عن التقسيم التقليدى لصح أن يأتى باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذى تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام وانتقاله وانقضائه ، ولجاز أن يبدأ الكلام فى إثبات الالتزام بالإقرار فاليمين فالكتابة — وهى أقوى طرق الإثبات — لينتهى بأضعف الطرق وهى البينة والقرائن .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم في هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق ، ولم يعرض الملكية في الشيوع ، ولم يراع أي ترتيب منطقي أو عملي في إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فتكلم في حق الملكية بوجه عام . متناولا نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التي ترد عليه مميزاً إياها عن حقوق الارتفاق . ثم خصص للملكية الشائعة نصوصاً مستفيضة . وفصل أحكامها تفصيلا مبيناً . وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردها في ترتيب ذي صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداء بالاستيلاء . أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت في الميراث والوصية ، وطوراً مابين الأحياء في الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة (١) . وجعل الباب الثاني للحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع فحق الحكر ، فحق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية التبعية ، وهي التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات في أبواب أربعة . الباب الأول في الرهن الرسمي . والثاني في حق الاختصاص ، والثالث في رهن الحيازة ، والرابع في حقوق الامتياز .

كل هذا والتقنين الجديد ، في الترتيب التفصيلي لكل باب من أبوابه ، يجرى، خلافاً للتقنين القديم ، على نحو من التسلسل المنطقي ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ماينتظم مسائله المتعاقبة من ارتباط وتناسق . وبحيث تتيسر له متابعته في غير عناء .

(ثانيا) اللغة والأسلوب :

ولا شك في أن التقنين الجديد . في لغته وفي أسلوبه التشريعي . أرقى من التقنين القديم . فقد أفاد من رقي لغة القانون وأسلوبه في مصر طوال سبعين عاما حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة وفي الأسلوب .

---

(١) ولولا أن الترتيب ذو صبغة عملية لوجب تقديم العقد وهو عمل قانوني ، على الاستيلاء وهي واقعة مادية .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربي هو النص الرسمي والنص الأصلي في وقت معا .

وبرىء التقنين الجديد من هذا الضعف في التعبير وهذه الركاكة في الأسلوب ، اللذين كانا ينزلان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العامي من الألفاظ . ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتتعارض ، بل إن المصطلح القانوني ليرد في جميع النصوص لفظا واحدا لايتبدل ولا يتغير .

ب — كيف عولجت العيوب الموضوعية :

وقد عالج التقنين الجديد العيوب الموضوعية التي كانت متفشية في التقنين القديم . فاستحدث أحكاما جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصا متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاما كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية وما يتصل بها من تنظيم للجمعيات والمؤسسات ، وحوالة الدين ، والتزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإيجار الوقف . ويسبق هذا كله في الأهمية موضوعان جديدان كنا في أشد الحاجة إليهما ، هما تنظيم الإعسار المدني وتصفية التركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت في التقنين القديم شديدة الاقتضاب على ما لها من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البوليصية ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، والحراسة ، والملكية الشائعة ، ورهن الحيازة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد في بعض الموضوعات ما تناثر من أحكامها في جهات متفرقة . فلم شتاتها . وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحيازة ، وحقوق الارتفاق . وحقوق الامتياز ، والحق في الحبس . والنيابة في التعاقد .

ونكتفي هنا بهذه الإشارة . وسنتناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام في الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم .

٢ — مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد

يعنينا أن نبين هنا المصادر التي استقى منها التنقيح ، وأن نرسم إلى جانب كل مصدر السياسة التي يتوخاها القاضي والفقيه في تفسير النصوص التي استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

ا — أولها وأهمها نصوص التقنين المدني القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصرى طوال سبعين سنة ، بقى فيها هذا القضاء يعمل فى تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا القانون لم يحدث انقلاباً فى المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هي السائدة فى التقنين الجديد .

ب — وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامى . فقد استبقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه .

جـ — وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس فى موضوعات أخري بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم فى الصياغة ورقى فى الأسلوب التشريعي . فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذى بلغه فن التقنين المدني الحديث .

ا — نصوص التقنين المدنى القديم وأحكام القضاء المصرى

أولا — ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر :

قدمنا أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصرى هي أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد (١) .

(١) جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخير إبرازهما قبل الاستطراد فى بيان ما انتهى إليه البحث : (الأولى) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التى استقرت فى البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٦ والمحاكم الوطنية فى سنة ١٨٨٣ . فهو من هذه الناحية لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى ، ولكنه يتخذ الصالح=

وقد هذب التقنين الجديد نصوص التقنين القديم فى بعض النظريات العامة : كالغلط والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والفضالة ، وفى بعض المسائل التفصيلية: كوقف التقادم والبيع فى مرض الموت والغلط فى عقد الصلح .

وقنن التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى فى بعض النظريات العامة وفى بعض المسائل التفصيلية كذلك . فمن النظريات العامة التى قننها التعسف فى استعمال الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعي ، والتهديدات المالية ، والصورية ، والملكية الشائعة ، والأعمال القانونية الصادرة فى مرض الموت ، وشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، والشرط الجزائى ، وتجديد الحساب الجارى ، وتقادم الاستحقاق فى الوقف ، واستمرار الشركة مع القصر ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، ورهن الحصة الشائعة .

وقد قدمنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أبقى على كل ماهو صالح من مبادىء التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ماانتهي إليه اجتهاد القضاء فى تطبيق هذه المبادىء . وقد أبرزت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا المعنى فى تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التى استمد منها المشروع

= من أوضاع هذا الماضى أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ، ويعتمد فى ذلك على الثروة التى أسفر عنها اجتهاد القضاء المصرى بوجه خاص ، ويجارى الفقه الإسلامى فى نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذى يتلاءم مع تلك الأوضاع نصوصاً من أحدث التشريعات الأجنبية . وبهذه المثابة يعتبر المشروع صورة صادقة لتطور الظروف الاجتماعية والتقدم العلمى الذى بلغه علم القانون فى مصر فى مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وتترتب على النتيجة الأولى — فهى أن تطبيق الأحكام التى استحدثها المشروع ليس من شأنه أن يفضى إلى قلب أوضاع التعامل التى ألفها الناس ، أو أن يخل باستقرار المعاملات . وإنما هو على النقيض من ذلك يمس هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقبه . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التآلف بينه وبين القديم من القواعد الكلية على نحو يجعل انتقال المتعاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يقتضيه التطور الطبيعى للظروف . ثم إن المشروع فى تقنين ما استقر عليه القضاء من مبادىء وفى تدارك أوجه النقص فى التقنين الحالى قد توخى أن يجعل النهج واضحاً أمام المتعاملين ليكفل استقرار المعاملات على أسس صقلتها التجارب ، فرسخت فى النفوس قبل أن تتخذ مكانها فى النصوص المرونة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ، ص١١٩ — ١٢٠) .

أحكامه هي التقنين الحالي القديم وما صدر في شأنه من أحكام المحاكم المصرية أولا . وما من نص من نصوص هذا التقنين إلا وأشير إليه في معرض إيضاح النص المقابل له في المشروع في المذكرات الإيضاحية التي قدمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به في تفسير هذه النصوص إلا عرضته هذه المذكرات . وهي في الحالين تنوه بالإبقاء على الحكم الوارد في النص ، أو بالتعديل الذي آثرت إدخاله على صياغته تمشياً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التي رأت إثباتها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالمشروع من هذه الناحية قد أبقى على كل ما هو صالح من قواعد التقنين الحالي وإن كان قد هذب صياغتها تهذيباً يتلاءم مع تطور اللغة الاصطلاحية في مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التي تضمنها هذا التقنين في الجملة ، وأضاف إليها ما اجتهد القضاء في إقراره على أساس هذه المبادىء . فلا هو يقطع الصلة بين الماضي والحاضر ، ولا هو يضيع ثروة القضاء من المبادىء والتقاليد ، وإنما هو على النقيض من ذلك يضفي على ما استقر من الأوضاع في الماضي صبغة جديدة من الإصلاح تبرئه من العيوب التي خالطته ، وتكفل الانتفاع منه على أمثل وجه (١) » .

ثانيا — كيف تفسر النصوص التي استقيت من القضاء المصري والتقنين المدني القديم :

ويعنينا أن نبين هنا في وضوح أن النصوص التي استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر في ضوء القضاء والفقه اللذين نشآ في مصر في ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضي ، ولا تنقطع سلسلة التطور . وسيرى القارىء أننا نشير في هذا الكتاب إلى القضاء المصري الذي نبت في عهد التقنين القديم ، مستندين إليه في تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر في عهد التقنين الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا نتكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذي نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد انعدمت المغايرة بين القديم والجديد .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ١ ، ص ١٢٨ — ١٢٩ .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء والفقه القديمين ، ونختار توخياً للإيجاز أمثلة أربعة ، هى النصوص المتعلقة بالاستغلال ، وبالاشتراط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالى ، وبالشرط الجزائي .

١ — الاستغلال :

كان القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم يقف حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت فى أشد الحاجة إلى علاج تشريعي . فقد كانت أقضية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ سن الشيخوخة ، وينبذ امرأته الأولى ليتزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فينزل لها أو لأولاده منها عن كل ماله . وكانت أقضية ترفع أمامه عن الولد يضيق عليه أبوه ، ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الإبن يده فيه فيبدده ، والمرابون يستكتبون ضحيتهم العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الذرائع والحيل . وكانت أقضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلم زمامها إلى هواها ، وتضحي الطائل من المال يبتزه الزوج ليخلى لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأقضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصرى ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهاده دون عون من النصوص التشريعية . فتارة يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة (séduction , captation) وليس لها سند تشريعي ، وطوراً يذهب إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تضيق بهذه الأقضية ، بل لقد ذهب فى حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع فى الفقه الإسلامى . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقلقل ، فقد كان القضاء المصرى سليم الفطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الريبة إلى العقود التى تبرم فى مثل هذه الظروف ، فيبطلها أو ينقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أساس قانونى يقوم على نص تشريعي . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ماتقوله المادة ١٢٩ :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . »

« ٢ – ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ – ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص وما ينطوي عليه من مسائل تفصيلية . وبحسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يثيرها هي تحديد ما يريده المشرع « بالطيش البين والهوى الجامح » . ولا نتردد في القول بأن القاضي عند تحديده للمعنى المقصود من هذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه الأقضية التي رفعت فعلا أمام المحاكم ، فلا يلبث أن يتمثل صورة الشيخ الذي وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذي أصبح ألعوبة في أيدي المرابين ، وصورة الزوجة التي غلبها هواها على أن تستبدل زوجاً بزوج . هذه صور من الحياة المصرية يتمثلها القاضي وهو يطبق هذا النص ، فيصبح المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس في حاجة إلى أن يطوف بخياله بلاداً غير مصرية ينقل عنها نماذج هي أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس في حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلي التقنين الألماني أو التقنين السويسري أو التقنين البولوني وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصري ، فإن البلاد التي تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا ، ومجتمعها الأجنبي يغاير مجتمعنا المصري ، وإذا كان نص تقنينا الجديد يماثل في الأسلوب والصياغة نصوص هذه التقنينات ؛ فليس هذا معناه أن القاضي المصري يلتزم تفسير القضاة الأجانب مع ما يوجد من تفاوت في الأوساط الاجتماعية وفي العادات والتقاليد . ومن ثم نرى ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادىء التي سبق أن قررتها المحاكم المصرية في وسطنا المصري .

٢ – الاشتراط لمصلحة الغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشتمل على نص فيه . فكانت المادتان ١٣٧/١٩٨ من هذا القانون تنصان على أن « من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكأن النص القديم

غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والفضالة. فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على مايأتى :

« ١ — يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية ».

« ٢ — ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، مالم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد ».

« ٣ — ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك ».

فكيف يفسر القاضي هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضي حلا ، فأين يتلمس القاضي هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلا مايقتضي تحديد الدفوع التى يجوز للمتعهد أن يتمسك بها قبل المنتفع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التى تكون للمشترط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذى يكسبه الغير والأساس القانونى الذى يقوم عليه هذا الحق ، فبأى مصدر يسترشد القاضي فى حل هذه المسائل ؟ لانتردد فى القول بأنه يتعين على القاضى أن يسترشد فى كل ذلك بالقضاء المصرى السابق وبالفقه المصرى السابق، وسيجد هذا القضاء والفقه غنيين زاخرين بالمبادىء القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التفصيلية ، فى هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً بيناً عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لايترتب عليه غير النتائج ذاتها التى كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر فى أننا كنا فى الوضع القديم نستقى القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفقه رأساً وكنا لانجد غناء فى النص التشريعي ، فكان قانوننا فى هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفى ظل التقنين الجديد ، سنطبق عين المبادىء التى كنا نطبقها فى الماضي ، ونلتزم الحلول التفصيلية ذاتها ، ولكننا نتلمس هذه المبادىء والحلول ، لا فى قضائنا وفقهنا فحسب ، بل نجد الكثير

منها واضحاً فى تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوباً مقننا في موضوع من أهم موضوعات القانون المدنى . ولعل هناك فرقاً آخر بين الوضعين القديم والجديد . فى الوضع القديم ، ونحن نتلمس الحلول فى ثنايا ماترا كم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد ، والفقه لم يكن يسلم من خلاف . أما فى الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة ، فلا معنى للتردد ولا محل للخلاف ، وقد خلصت لنا الحلول فى أهم المسائل منحسمة بينة، متسمة بطابع من الثبات والاستقرار .

٣ — التهديد المالى :

والتهديد المالي من الأمثلة البارزة التى قنن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى . ولم يكن التقنين القديم يشتمل على نص فى هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصرى نظرية التهديد المالي على هدى من القضاء الفرنسي ، وسلك فى ذلك سبيلا هو محض اجتهاد لاسند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصرى النصوص التى أوردها فى هذا الشأن على الوجه الآتى :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : « ١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ — وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

ونصت المادة ٢١٤ على أنه : « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

وهذه النصوص التى استقيت من القضاء المصرى السابق يرجع القاضي بداهة فى تفسيرها وفى تحديد مراميها ، إلى هذا القضاء بالذات ، فهو مصدرها المباشر . ولا شأن له بالتقنينات الأجنبية ، ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن واضع التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنينات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنينات الأجنبية هي

المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصرى السابق .

بيد أن تقنين القضاء المصرى السابق على الوجه الذى قدمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا نجملها فيما يأتى :

أولا — أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالى ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل (١) .

ثانيا — حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لايدع مجالا للاضطراب الذى يغلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذى تطبق فيه نظرية التهديد المالى ، والوقت الذى يصفى فيه مركز المدين . أما النطاق فمداه هو حيث يقتضي تنفيذ الالتزام تدخلا المدين تدخلا شخصيا يكون التنفيذ بدونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذى يصفى فيه مركز المدين فهو الوقت الذى يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء (٢) .

ثالثا — وصلت النصوص بنظرية التهديد المالى إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضي ، إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، بجواز الزيادة فى الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على ممانعة المدين . والوجه

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية فى وضعه الراهن أنه لايستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (المواد الثلاث) باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهى بعد ليست إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء من قبل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . وإن أصر المدين على عناده نهائيا ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشىء عن عدم الوفاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

الثاني أن القاضي عند تحديده مقدار التعويض الذى يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذى أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ،كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وأن يراعي فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض ، وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه (١) » .

٤ — الشرط الجزائى :

والشرط الجزائى مثل رابع فى أن التقنين الجديد استقى نصوصه من القضاء المصرى السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة فى أن القضاء الذى قنن هنا ليس بالقضاء الذى كان يستند إلى نص تشريعى غامض مضطرب ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادى الذى لاسند له من التشريع ، كما هو الأمر فى نظريتى الاستغلال والتهديد المالى ، وإنما هو قضاء اجتهادى كان يجرى على عكس النص التشريعى ويتعارض معه تعارضاً صريحاً فقد كانت المادتان ١٢٣ / ١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو بعد مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسي (م١١٥٢ فرنسي) ، وهى أيضاً صريحة فى هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاءين الوطنى والمختلط يقضي بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشيء من التعويض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطنى إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضي، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

فعمد التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصرى فى هذا الصدد . ونصت المادة ٢٢٤ على ما يأتى :

« ١ — لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر» .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠ .

«٢ — ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه» .

«٣ — ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين» .

وهذا النص يجب أن يرجع في تطبيقه وتفسيره إلى القضاء المصرى السابق الذى أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه فى ذلك شأن سائر النصوص التى تقنن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتى :

(أولا) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضائين الوطنى والمختلط فقد زال بزوال المحاكم المختلطة .

(ثانيا) أصل أحكام الشرط الجزائى تأصيلا قانونياً صحيحاً ، وبناها على أساس سليم . «فليس الشرط الجزائى فى جوهره — وهذا ماتقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) . — إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هـذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد فى بعض الصور ، وقد يكون العمـل غير المشروع فى صور أخرى . فلابد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار» . وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز عدم الحكم بالشرط الجزائى إذا انتفى الضرر ، وجواز تخفيضه إذا قل الضرر . فما دام الضرر هو شرط واجب الجزاء المتفق عليه ، «فهو بذاته — كما تقول هنا أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) — مناط تقدير الجزاء الواجب أداؤه . ويترتب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء المشروط وجب إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلا لتلك القيمة» .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(ثالثا) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وبذلك أمن المدين تعسف الدائن ، وتوقى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذى لا يلبث أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التى سقناها — وهي قليل من كثير — تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولا — أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد ، وقد استقيت من القضاء المصرى ومن التقنين القديم ، يرجع القاضي فى تطبيقها وفى تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصرى السابق .

ثانيا — أن التقنينات الأجنبية الحديثة ، إذا اتفقت فى بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التى استقيت من القضاء المصرى ، فإن هذا لا يعنى الرجوع إلى هذه التقنينات فى تطبيق هذه النصوص وفى تفسيرها . فهي ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها فى الصياغة والأسلوب . أما المصدر الموضوعي فهو القضاء المصرى السابق . وسيرى القارىء أننا فى هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا فى مناسبات قليلة ، ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات فى تفسير النصوص ، بل لعقد مقارنات بين قانوننا والقوانين الأجنبية فى بعض المواطن التى تجدى فيها المقارنة ، أو لتتبع نظام من النظم القانونية فى تطوراته التاريخية .

ثالثا — أن التقنين الجديد ، فى استقائه من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصرى السابق الكثرة الغالبة من نصوصه ، لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التى كانت محل الشكوى ، وقنن القضاء المصرى تقنينا حسم به الخلاف فى مواطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

ب — الفقه الاسلامى

أولا — ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر :

للفقه الإسلامى مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التى استقي منها تنقيح

القانون المدنى . فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامى . واستحدث أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجعل، بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون المدنى ، يأتى بعد النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (١)

١ — القديم من الفقه الإسلامى لدى استبقاه التقنين الجديد :

كان التقنين القديم يشتمل على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامى ، فاستبقاها

---

(١) وهذا ما كتبته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى تقريرها فى هذا الصدد : «وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاما يرجع إليه القاضى إذا لم يجد حكماً فى التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الإسلامى من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمى ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون العام فى كثير من المسائل فى مصر . وفى تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحى حرى بأن يصان وأن ينتفع به . واللجنة تسجل ما صادفت فى المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة . وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم فى التقنينات الغربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام وأحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض فى عصورهم من أقضية لقرون خلت قبل أن يخطر شىء من ذلك ببال فقهاء الغرب أو من تولوا أمر التشريع فيه . ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار فى صددها إلى ما تعلق بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأراضى الزراعية وهلاك الزرع فى العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعذر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالى أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع المريض مرض الموت والغبن وتبعة الهلاك فى البيع وغرس الأشجار فى العين المؤجرة والعلو والسفل والحائط المشترك . أما الأهلية والهبة والشفعة والمبدأ الخاص بألا تركة إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهى أحكام لها أهميتها فى الحياة العملية . وفى حدود هذا المصدر الثانى كان مسلك المشروع توعاً ارتاحت إليه اللجنة وآنست فيه اتجاهاً إلى تقدير ما للفقه الإسلامى من مزايا أدركها علماء الغرب منذ زمن بعيد ، وبقى على دول الشرق أن تحلها المحل الخليق بها وأن تعبر عملياً عن اعتزازها بها وحرصها على استدامتها . ولعل من نافلة القول أن يشار إلى أن هذا المسلك أمعن فى رعاية ما للماضى من حرمة ، وأبلغ فى قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامى باجتهادهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه فى معاملاتهم . ولا ترى اللجنة فى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكيناً لأسباب الاستقرار من طريق تقصى التقاليد الصالحة التى ألفها المتعاملون فى البلاد منذ مئات السنين » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣١ — ص ١٣٢) .

التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصحح ما انطوت عليه من أخطاء .

فبيع المريض مرض الموت ، والأهلية ، والشفعة ، والهبة ، وسداد الدين قبل إيلولة التركة للورثة ، والغبن فى بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك فى البيع ، وغرس الأشجار فى العين المؤجرة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ، وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت وبالهبة وبسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة .

فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المريض مرض الموت من الأخطاء التى تسربت إليها فى التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر المحابي به لا بقيمة المبيع ، ونظر إلي قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع ، بل أورد فى النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض بوجه عام نقلها عن الفقه الإسلامى والقضاء المصرى . فنصت المادة ٩١٦ على أن : « ١ - كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » . ونصت المادة ٩١٧ على أنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد فى عقد الهبة . فقد نقل أحكام التقنين القديم المتعلقة بها . ولم يكتف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضبة ، وكانت مقصورة على الشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث شكلها ومن حيث موضوعها . واستمد الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامى .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين — وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً في ثنايا نصوصه — بل عمد إلى هذا المبدأ الخطير فنظمه تنظيماً دقيقاً وفصل الإجراءات التي تكفل تطبيقه، وهي إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة، فسد بذلك فراغاً كبيراً.

٢ — الجديد من الفقه الإسلامي الذي استحدثه التقنين الجديد:

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استمدها من الفقه الإسلامي. وبعض هذه الأحكام الجديدة هي مبادىء عامة، وبعضها مسائل تفصيلية.

فمن المبادىء العامة التي أخذ بها النزعة الموضوعية التي نراها تتخلل كثيراً من نصوصه. وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح.

ومن هذه المبادىء أيضاً نظرية التعسف في استعمال الحق. لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي. ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصرت عليه أكثر القوانين، بل ضم إليها معياراً موضوعياً في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة وبتوقي الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله.

وكذلك الأمر في حوالة الدين، أغفلتها القوانين اللاتينية، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي. فأخذ بها التقنين الجديد.

ومبدأ الحوادث الطارئة (imprévision) أخذ به بعض التقنينات الحديثة. فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي.

ومن الأحكام التي استحدثها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا، اقتبسها من الفقه الإسلامي. ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد. وبإيجار الوقف، وبالحكر، وبإيجار الأراضي الزراعية، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده.

٣ — الفقه الإسلامي أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدني:

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه «إذا لم يوجد نص تشريعي

يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضي مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة» .

ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدنى المصرى . وهي إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولا شك فى أن ذلك يزيد كثيراً فى أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة علمية فى ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالبا أن يستكمل أحكام القانون المدنى ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ، بالرجوع إلي أحكام الفقه الإسلامى . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلي مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي أدق تحديدا وأكثر انضباطا من مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي التى تحل محل هذه المبادىء والقواعد ، فتغنينا عنها فى كثير من المواطن (١) .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة الاسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً :

ونبين في إيجاز كيف تفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدرا تاريخيا وباعتبارها مصدرا رسميا .

---

(١) هذا هو الحد الذى وصل إليه التقنين الجديد فى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، عدا المسائل الأخرى التى أخذها بالذات من الفقه الإسلامى ، وهى المسائل التى تقدم ذكرها .

أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يبنى عليه تشريعنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعز الأمانى التى تختلج بها الصدور ، وتنطوى عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يستبقوا الحوادث ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لا غناء فيها، وقدموا نموذجا يشتمل على بعض النصوص فى نظرية العقد، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية ، وهى ليست من الشريعة الإسلامية فى شىء . ودار فى شأن هذه النصوص حوار عنيف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

(انظر فى تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٥ — ٨٩) .

أما النصوص التي نقلها التقنين الجديد عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت نصوصاً تشريعية وأصبح الفقه الإسلامي مصدراً تاريخيا لها ، فهذه نرجع في تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول — هو القضاء المصري فيما يوجد له تفسير في هذا القضاء . والقضاء المصري غني بالمبادىء والأحكام في موضوعات كمرض الموت والشفعة والحكر وإيجار الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة في هذه الموضوعات وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استقر عليه من المبادىء .

والمصدر الثاني — هو ما جاء في كتب الفقه الإسلامي ، وبخاصة في تفسير ما لا يوجد له تفسير في القضاء المصري . والرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة واجب أيضا عند ما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسميا للقانون المدني .

وفي رأينا أنه حيث ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة ، سواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمي التي تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر التاريخي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعية ، يجب أن يراعي أمران جوهريان :

الأمر الأول — هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي . فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، بل ولا للتقيد بالمذهب الحنفي في جملته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لاموجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد .

والأمر الثاني — هو أن يراعي في الآخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادىء العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته . فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادىء ، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه جميعا ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يضل الباحث في تفصيلات الفقه الإسلامي ، ولا يختار منها إلا ما يتسق مع

المبادىء العامة للتشريع المدنى (١) .

جـ — التقنينات الحديثة

أولا — ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر:

والمصدر الثالث الذى استقى منه التقنين الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته ، هو التقنين الحديث . فقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن ينتفعوا انتفاعا كاملا بكل خطوة خطتها التقنينات الحديثة فى طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفنى والصياغة التشريعية .

وقد رتبت هذه التقنينات الحديثة فانتظمتها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنينات اللاتينية قديمها وحديثها . فالقديم يأتى على رأسه التقنين الفرنسى ، ومعه التقنين الإيطالى القديم ، والتقنين الأسبانى ، والتقنين البرتغالى ، والتقنين الهولندى . والحديث يشتمل على التقنينين التونسي والمراكشى ،والتقنين اللبنانى، والمشروع الفرنسي الإيطالي ، والتقنين الإيطالى الجديد . والقسم الثانى التقنينات الجرمانية ، وأهمها التقنين الألمانى ، والتقنين السويسرى ، والتقنين النمساوى . والقسم الثالث تقنينات متخيرة استقت من كلتا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنينات التقنين البولونى ، والتقنين البرازيلى ، والتقنين الصينى ، والتقنين اليابانى .

ولكل من هذه التقنينات مزايا وعيوب (٢) وقد توخي التقنين الجديد

---

(١) وفى محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لا تعمق فيها ، وهى المحاولة التى أشرنا إليها فيما تقدم ، ظن واضعو النموذج الذى سبق ذكره أن نظرية عيوب الرضاء ونظرية البطلان ونظرية السبب ونظرية الفسخ هى نظريات يمكن الأخذ بها كما هى مبسوطة فى القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب فى الفقه الإسلامى تتعارض معها كل التعارض . وبديهى أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها ، وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هى الأمانة العلمية . ولا يعيب الشريعة الإسلامية أنها لا تطاوع فى بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يعيبها أن تشوه مبادئها وأن تمسخ أحكامها .

(٢) فالمشروع الفرنسى الإيطالى أكسب التقنينات اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها ، ونفخ فيها روح العصر ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شىء كثير من الدقة والتجديد . على أن المشروع يكاد يكون محافظاً إذا قيس إلى التقنينات العالمية الأخرى . والتقنين الألمانى يعد أضخم تقنين =

أن ينتفع بمزاياها وأن يتوقى عيوبها . وهذا كله فى حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا . وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد ، من هذه التقنينات ، خمسة : المشروع الفرنسي الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد ، والتقنين السويسرى ، والتقنين الألمانى ، والتقنين البولونى . فالتقنين الجديد ، وإن كان قد اتخذ التقنينات اللاتينية أساسا له إلا أنه لم يلتزمها وحدها ، بل رجع أيضا إلى التقنينات الجرمانية .

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنينات الحديثة فى بعض النواحي الموضوعية . ولكنه رجع إليها أكثر مارجع فى نواحي الصياغة والأسلوب .

أما النواحي الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التى كانت تنقص القانون القديم ، كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار ، وبعض المسائل التفصيلية التى أخذت عن التقنينات الحديثة ، كمسئولية عديم التميز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وبإدارة الملكية فى الشيوع وبملكية الأسرة وباتحاد ملاك الطبقات . وجارى التقنين الجديد فوق ذلك ، كما قدمنا ، التقنينات الجرمانية والفقه الإسلامى فى إيثار المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية فى كثير من المسائل .

وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة . ولكن واضعي هذا التقنين حرصوا كل الحرص ، وهم فى سبيل الانتفاع من

= صدر فى العصر الحديث ، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، ويبز من الناحية الفقهية أى تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى المنطق القانونى . ولكن هذا كان عائقاً له عن الانتشار ، فإن تعقيده الفنى ودقته العلمية أقصياه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية ، وجعلاه مغلق التركيب ، عسر الفهم . والتقنين النمساوى يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فقد ظهر فى سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسى ، ولكنه لم يتح له من النجاح ما أتيح لهذا التقنين ، لذلك بقى محدود الانتشار فى أوروبا حتى غمره التقنين الألمانى ، وقد قام النمساويون بتنقيح تقنينهم فى أول سنى الحرب العالمية الأولى ، وظهر التنقيح فى سنة ١٩١٦ ، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئاً من الجدة والمسايرة لروح العصر ، أما التقنين السويسرى — تقنين الالتزامات والتقنين المدنى — فقد كان المنتظر أن يكون ، وهو من عمل الأساتذة (فيك وهوبر) ، عملا فقهيا ، فإذا به ذو صفة عملية بارزة . ويجمع التقنين السويسرى إلى الوضوح والبساطة الدقة والتعمق وإن كان خداعاً فى بعض المواطن فيما يتسم به من وضوح ودقة (أنظر فى كل ذلك المحاضرة التى ألقيناها فى الجمعية الجغرافية الملكية وفتحنا بها باب الاستفتاء فى التقنين الجديد: مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٠٩).

التقنينات الحديثة فى الصياغة والأسلوب ، على أن يحققوا أمرين : أولهما أن تكون العبارات التى استعيرت من التقنينات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدى، فى أمانة ووضوح ، المعانى التى قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصرى وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثانى أنهم فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنينات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيما بين أجزاء التقنين ، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها فى بوتقة واحدة ، وأن ينتظم حباتها جميعاً عقد واحد .

ثانيا — كيف تفسر النصوص التى استقيت من التقنينات الحديثة :

أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث فى تفسير التقنين المدنى الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التى استمدت من التقنينات الأجنبية يجب أن تفصل فصلا تاما عن مصادرها الأجنبية ، فلا يرجع إلى هذه المصادر فى تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندمجت فى تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . وإنما يجب الرجوع فى تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصرى سابق ومن فقه مصرى تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هي المصادر الأولى التى يجب أن يرجع إليها فى التفسير . وقد ألححنا فى التنبيه على ذلك عندما تكلمنا فى القضاء المصرى كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين المدنى . أما التقنينات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحتة ، كالموازنة بين الشرائع المختلفة ، وكاستقصاء التطور التاريخي لنظام قانونى معين .

هذا المبدأ الجوهرى الذى نقرره يفرض نفسه على كل باحث فى التقنين الجديد للأسباب الآتية :

١ — أن الكثرة الغالبة من النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة إن هى ، فى الواقع من الأمر ، إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى ، أو إصلاح لعيوب فى نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنينات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعي إحداث أى تغيير فى الأحكام التى تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصرى . وقد تكررت الإشارة إلى ذلك (١) .

---

(١) وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يقرب من هذا المعنى فيما يأتى : =

٢ — أن القليل الباقي من النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة ، وهي التي طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة في التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علاتها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تتسق مع سائر النصوص . فهي أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلا متماسكا من أجزاء هذا التقنين ، تسرى فيه روحه ، وينبسط عليه ماينتظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام (١) .

٣ — أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنينات هي محاولة مقضي عليها بالفشل . فإن هذه التقنينات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله فقهه وقضاؤه ، وكثيراً مايقع بينها التعارض والتنافر . فكيف يجوز أن نرجع في تفسير تقنين متماسك الأجزاء ،

= « والكثرة الغالبة من النصوص المعروضة قد ظفرت من وراء الاستئناس بصيغ التقنينات الأجنبية بدقة في الأداء ، وإيجاز في التعبير ، جعلا للمشروع قيمة فنية ذاتية ، وطابعاً حسناً . وقد روجعت هذه النصوص في اللجنة التي أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجعت كذلك في لجان مجلسي البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل اللفظي والموضوعي مايجعلها تعبر تعبيراً واضحاً عن المعاني التي قصدت إلى أدائها . ولا عل لأن يعاب على المشروع انتفاعه من التجربة التي انتهت إليها التقنينات الأجنبية في حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجعت الصياغة على النحو المتقدم ذكره ، وانفصلت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت معبرة في ذاتها عن المعاني التي استظهرها كل من ساهم في وضع المشروع أو مراجعته أو إقراره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٣) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا المعنى : « أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنينات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة إذا قيست بسائر نصوص المشروع . وهي تعالج أوضاعاً مستقلة او مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأي أو آخر في أي تقنين من التقنينات ، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها . ولم يتوخ المشروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائده ، فاسترشد بها في المفاضلة بين الحكم الوارد في تقنين وبين غيره مما في تقنينات أخرى . وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية نزولا على ما تقتضي تلك الظروف . وعرف هذا لم يشذ عن الأسلوب المتبع في أكثر الدول عند التقنين في الوقت الحاضر ، والمتبع في مصر فعلا بالنسبة إلى كثير من التشريعات . وقد أدمجت الأحكام التي اقتبست على هذا الوجه في المشروع ، وروعي في هذا الإدماج إحكام التآلف بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجعت في مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، فاستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متجانس الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٣) .

متسق النواحي ، إلى مصادر متضاربة متناقضة (١) !

٤ — أن هذا الذي نقرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتي ، لتعيش في البيئة التي تطبق فيها ، ولتتوثق صلتها بما يحيط بها من ملابسات، ولتتطور تبعا لما تقتضيه الحاجات المتجددة المتغيرة ، هو مايقول به سالي وغيره من أقطاب القانون (٢) ، وهذه هي خير مدرسة نعرفها في تفسير النصوص التشريعية .

٥ — أن هذا الذي نقرره هو أيضا ماقصد إليه صراحة واضعو التقنين الجديد. تتبين ذلك في وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكورا في مبادىء التفسير التي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، ونلقاه مرددا في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفي تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .

أما مبادىء التفسير التي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتي : «(أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادىء التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر . وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحدها . (ثانيا) أن الأحكام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ماجاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسميا من مصادر القانون ومن أن القاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان

---

(١) وفي رأينا أنه إذا جاز الرجوع في تفسير التقنين الجديد إلى مصدر أجنبي ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسي باعتبار أن الفقه المصري لا يزال يستمد منه ، ولا يفتأ يتابع خطواته في كثير من المسائل . وسيرى القارىء أننا في هذا الكتاب نشير في مناسبات كثيرة لآراء الفقهاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصري . أما الرجوع إلى غير الفقه المصري والفقه الفرنسي فلا يكون إلا لأغراض علمية بحتة كما أسلفنا القول . ولا نزال نترقب اليوم الذي يبلغ فيه الفقه المصري أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بمايتوافر له من أسباب ذاتية . وغني عن البيان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامي متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذي سبق بيانه .

(٢) أنظر المقدمة التي وضعها الأستاذ سالي يقدم بها كتاب الأستاذ جني المعروف في « طرق تفسير القانون الخاص » .

هناك محل لذلك . (ثالثا) أما الأحكام القليلة التى اشتقت من تقنينات أجنبية فى موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدنى ، تصفية التركات) فقد روعي فى وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انعزلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتى قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع فى تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء فى مثل هذه الأحوال (١) » .

وأما ما جاء فى تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب فى هذا الصدد ، فهذا هو : «ولا يسع اللجنة ، وهي تختم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التى

---

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو بيان عهدت لجنة القانون المدنى إلى رئيسها حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) فى أن يدلى به أمام مجلس الشيوخ ، وقد أدلى به فعلا أمام المجلس ، وقدم له فى خطابه بالعبارات الآتية : « ولا يحسبن أحد أن تعدد المصادر على الوجه المتقدم أفقد المشروع ما كان ينبغى أن يتوافر له من أسباب التماسك والتناسق . فالواقع أن هذه المصادر جميعاً تتقارب فى مشاربها . فقواعد التقنين الحالى وما يكملها من اجتهاد القضاء عاشا جنباً إلى جنب مع الشريعة الإسلامية والقواعد المستمدة منها . ثم إن القواعد المستمدة من القوانين الحديثة تمثل التقدم العلمى الذى تحقق على أساس تطور القديم . وهل خطت مصر خطوة واسعة فى تشريعاتها إلا على أساس تخير الصالح من مختلف المصادر بل ومن تشريعات متباينة . والواقع أن العبرة فى التقنين بتماسك الحلول وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذلك التماسك رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة فى هذا الشأن ، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض . والمشروع المعروض قد وفق فى التأليف بين القواعد التى استقاها من المصادر التى تقدمت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتماده اعتماداً أولياً ورئيسياً على التقنين الحالى وقضاء المحاكم المصرية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أشير فوق هذا كله إلى أن تنقيح القانون المدنى فى أية دولة من الدول فى الوقت الحاضر لا يمكن أن يغفل تقدم التقنينات فى الدول الأخرى ، أو يهمل الاسترشاد بها والاقتباس منها . وأبلغ شاهد على ذلك ما وقع فى التقنين المدنى السويسرى واللبنانى والبولونى والإيطالى والمشروع الفرنسى الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال القانون مسألة مصادر المشروع ، وقدموا فى هذا الشأن بعض ملاحظات تعرض لفهم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها. وكانت اللجنة قد أوفت هذه المسألة حقها من البحث فى تقريرها ، وقمت من ناحيتى بتوضيح الأمر فى كلمتى هذه ، إلا أنه رغبة فى زيادة الإيضاح ، وتأكيداً للمعنى الذى ذهبت إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها فى هذا الموضوع :لمام بالبيان التالى : (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع ... ألخ » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٦ و ١١٧ و ص ١٦١ و ١٦٢) .

أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : أن النصوص التشريعية الواردة فى هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية فى التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكنا ، لايكون مرغوبا فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش فى البيئة التى يطبق فيها ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالا تاما عن المصدر التاريخي الذى أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء ذاتى وفقه مستقل. ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائما بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعا لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفى بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص فى صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومى يستند إلى قضاء وفقه لهما من الطابع الذاتى ما يجعل أثرهما ملحوظا فى التطور العالمي للقانون» .

«وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التى ستتاح للقضاء والفقه فى مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، فى أن يجد المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط بعد أن انفك عنهما غل القيد بمتابعة قانون واحد معين فى نصوصه التشريعية وفى قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا فى حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من التقيد بمتابعة أى قانون معين ، فخرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح (١) » .

وهذا ماجاء أخيراً فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : « أما مايقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضي بالرجوع إلى فقه دول متعددة للوقوف على مفهوم نص معين ، فترى اللجنة أن النصوص متى أدمجت فى التقنين انعزلت عن مصادر الاستئناس ، وأصبح لها كيان ذاتى قوامه تساندها مع غيرها من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٢ .

نصوص هذا التقنين ، وأثرها فى البيئة التى تعيش فيها ، وانفعالها بظروف هذه البيئة . فما نقل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى فى المشروع تحددت دلالتها من قبل فى التقنين الحالى وفى الفقه المصرى وأحكام القضاء فى مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير (١) » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٦ — ص ١٣٧ .

هذا وقد ساور بعض رجال القانون خشية من أن التقنين الجديد قد تعوزه وحدة منسجمة يرجع إليها فى تفسير ما غمض من نصوصه وفى تكميل ما نقص من أحكامه (أنظر ماراقان فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ — الدكتور شفيق شحاته فى جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ بتاريخ ٤ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥) . وهذه الخشية لا مبرر لها . فإن المصدر الأساسى للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتينى ، ممثلا فى نصوص التقنين القديم وفى أحكام القضاء المصرى ، وممثلا كذلك فى التقنينات اللاتينية القديم منها والحديث ، ومقترناً بأحكام من الفقه الإسلامى تعود التشريع المدنى المصرى أن يراها متآلفة من النظام اللاتينى طوال السنين السابقات . ولم يدخل النظام الجرمانى فى التقنين الجديد إلا بقدر ، وفى الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتينى .

وسنعود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .

(٣)
الفروق الجوهرية مابين التقنينين القديم والجديد
(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قننه وكان معمولا به من قبل)

***

فى غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان ملحوظا فى التقنين القديم ، وفى غير ماعالج من عيوب كانت بارزة فى النصوص القديمة ، وفى غير التبويب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذى قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد فى نصوصه وأحكامه شيئاً يغاير ماكان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية مابين التقنينين القديم والجديد إلى أصلين : الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولا بها من قبل . والأصل الثانى هو ما قنن من أحكام كان معمولا بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ — ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولا بها من قبل

استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومسائل أخرى تفصيلية تناثرت فى أبوابه المختلفة .

ا — موضوعات كاملة :

هذه الموضوعات هي المؤسسات والإعسار المدنى وحوالة الدين وتصفية التركة .

أولا — المؤسسات (م ٦٩—٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف المؤسسات (fondations) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدى بعض الأغراض التى وجدت المؤسسات من أجلها ، وبخاصة الوقف الخيرى الذى يرصد مباشرة على جهات البر . ولكن نظام

الوقف فى كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية فى مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فاتخذ نظام جمعية عادية على مافى ذلك من ضيق وحرج ، أو اتخذ بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التى تقرر أحكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات ، وأورد النصوص التى تقرر أحكامها .

وتتخلص هذه النصوص فى أن المؤسسة شخص اعتبارى يقوم على تخصيص مال لغرض لاينطوى على ربح مادى . فيدخل فى ذلك أعمال البر والأعمال العلمية والفنية والرياضية والدينية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية فى أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصود ، أما الأخرى فتقوم على جماعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف فى أن الوقف لايكون إلا فى العقار ، أما المنقول فلا يوقف منه إلا ماتعورف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لامرونة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجيء ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة (١) .

وأداة تكوين المؤسسة هي إرادة المؤسس الذى خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة فى صورة سند رسمي إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو فى صورة وصية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال فى بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يلبث أن يفضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، فثمة مؤسسات فى مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة العبيدية التى أنشئت فى سنة ١٨٦١ وملجأ أيتام سبترورو بولو الذى أنشىء فى سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصريين من أراد أن ينشىء مستشفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا مخرج الوقف ، فلم يجد أمامه إلا سبيل الهبة للحكومة للاتفاق على هذه المنشآت . وثمة مؤسسة بناريو أو « قطرة الحليب » وهو ملجأ أيتام إسرائيلى اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منشئه كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة . والحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت للناس فى مناسبات متعددة . ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التى رصدت على خدمتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٧١)

إذا كان الإنشاء بعد الموت . ولم يجعل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاضعاً لموافقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألماني والقانون البلجيكي . بل لم يجعل لهذه السلطة حق الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية فى فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التى تعينها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هي وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا هما اختلفتا فى أمر جوهرى .

وللقضاء أيضا أن يعدل فى النظام الذى تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة فى سند الإنشاء ، بل له أن يلغيها إذا كان الإلغاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضروريا لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيرا أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت فى حالة لاتستطيع معها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام . وفى هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخص ما يجعل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

ثانياً — الإعسار المدنى (م ٢٤٩ — ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للإعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى الفوضى : لا الدائنون بمطمئنين لتصرفات مدينهم المعسر ، ولا هم مطمئنون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمئن لهم جميعا . فنظم التقنين الجديد الإعسار تنظيما راعي فيه مصلحة الدائن ومصلحة المدين معا ، وتحاشي أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين المعسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إرهاق وعنت . وراعي فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولا إلى نظام أوضح حدودا ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار لمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضي على كل حال لايشهر إعساره إلا بعد أن يقدر جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية .

وإذا شهر إعسار المدين فليس من الحتم إن تحل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضي أن يبقى على الأجل ، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضي أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا تتاح للمدين المعسر تصفية ديونه وديا فى أحسن الظروف ملاءمة . والمدين فى سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وعلى أن يقوم بإيداع الثمن خزانة المحكمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فوق ذلك ، إذا وقع الدائنون الحجز على إيراداته ، أن يطلب إلى القضاء نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر فى هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من الحماية ما لم يكن متاحاً لهم فى ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص . يقع بعد التسجيل على عقارات المدين ، فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل. كذلك لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وتعزيزاً لحماية الدائنين من تصرفات المدين ، قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملا من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه .

ويتبين مما قدمناه أن النظام الذى وضعه التقنين الجديد للإعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة ، فهو يحمي المدين من دائنيه ، ويحمي الدائنين من مدينهم ، ويحمي الدائنين بعضهم من بعض .

ثالثاً — حوالة الدين (م ٣١٥ — ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف فى انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة الدين مع وضوح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلى حوالة الحق حوالة الدين جريا على سنن التقنينات الحديثة . هذا إلى أن الفقه الإسلامى قد نظم حوالة الدين تنظيما محكماً دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفى التقنين الجديد تتم حوالة الدين إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز

للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته ، وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة .

وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً في حالة تعرض كثيراً في العمل ، هي حالة بيع العقار المرهون رهناً رسمياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب في ذمته بالحوالة كما تخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

رابعاً — تصفية التركة (م ٨٧٦ — ٩١٤) :

من العيوب البارزة في التقنين القديم أنه في الوقت الذي كان يقر فيه القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها في عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى يتسلمها الورثة خالية من الديون مادامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سبباً في أن يقع القضاء والفقه في مصر في كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وبحسبنا هنا أن نحيل القارىء على هذه النصوص ، وهي تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

ب — مسائل تفصيلية متنوعة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية نتعقب أهمها فيما يأتي :

في الباب التمهيدي : عددت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامي من بينها ولا شك في أن هذا كسب جديد للشريعة الإسلامية ، لم تظفر به إلا في التقنين الجديد .

وفي الكتاب الأول : وهو الكتاب الذي خصص للالتزامات بوجه عام استحدث التقنين الجديد (١) عدا نظرية الحوادث الطارئة (م ١٤٧) مسئولية

---

(١) من المسائل التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد ، ونكتفي بالإشارة إليها في هذه الحاشية ، بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقده لأهليته (م ٩٢) .

عديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم (أنظر م ١٦٤ فقرة ٢) . واستحدث كذلك مسئولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لايقبل إثبات العكس عن الآلات الميكانيكية وعن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (أنظر م١٧٨) وأجاز فى المادة ١٧٠ للقاضي ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير .

وفى آثار الالتزام ، أجاز فى المادة ٢٠٣ (فقرة ٢) للمدين إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق له ، أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيما . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إعذار المدين عن طريق البريد على الوجه المبين فى تقنين المرافعات . أما فى الفوائد ، فقد استحدث التقنين الجديد (م ٢٢٦ — ٢٢٧) أحكاماً هامة ترمى إلى الحد منها مجاراة للنزعة فى القوانين الحديثة ، فخفض السعر القانونى للفوائد إلى ٤٪ فى المسائل المدنية وإلى ٥٪ فى المسائل التجارية ، وخفض السعر الاتفاقى إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد مادفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين فى حالتين أعفاه فيهما من دفع الفوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هي حالة ما إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقا ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر (م ٢٢٩) . والحالة الأخرى هي حالة ما إذا رسا المزاد فى العين المحجوز عليها وفاء للدين ، فلا يكون الدائنون مستحقين لفوائد التأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد ، على ألا يجاوز مايتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ماهو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة (م ٢٣٠) وفى هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالا للقيود الهامة التى فرضها التقنين الجديد على الفوائد ، نصت المادة ٢٣٢ على أنه لايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم الفوائد المركبة تحريماً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلا هاماً على قواعد الدعوى

البوليصية ، فنص فى المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لايجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذى باشرها. ورد التقنين الجديد (م ٢٤٦) الحق فى الحبس إلى تكييفه القانونى الصحيح ، فجعله دفعاً بعدم التنفيذ ، لا حقا عينيا كما كان يذهب إليه التقنين القديم ، فأزال هذا التكييف الصحيح ماكان يعترض الحق فى الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ومكن من تعميم هذا الحق فى جميع صوره المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً فى التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل الحصر .

وفى حوالة الحق ، جعلت الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين (م٣٠٣) وكان التقنين القديم — الوطنى دون المختلط — يشترط هذا الرضاء . وكان فى هذا تعطيل للتعامل لامبرر له ، وتخلف عن التمشي مع القوانين الحديثة تحت أثر وهم خاطيء أن هذا هو حكم الفقه الإسلامى ، والحق أن هذا الفقه غير مسئول عن هذا العيب ، لأنه لايعرف حوالة الحق أصلا . وقد توهم بعض الفقهاء المصريين أن مايسميه الفقه الإسلامى فى دقة تامة بحوالة الدين ، ويشترط فيه رضاء المدين ، هو هذا الذى نسميه نحن فى قوانيننا الحديثة بحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفى انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضاء المدين (م٣٧١) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفى هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التقادم فقد جعلت مدته ثلاث سنوات فى الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية ، كالالتزامات التى تنشأ من العمل غير المشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإثراء بلا سبب كالفضالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نحي التقنين الجديد فى هذا التجديد منحي التقنينات الحديثة . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضا ولا يرجع فيه إلى إرادته لايجوز أن يبقى فى الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارتضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق فى إبطال العقد لنقص فى الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء يتقادم هو

أيضا بثلاث سنوات ، حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطال مصلتا على العقود يتهددها بالزوال مدة طويلة .

وفى الكتاب الثانى : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة . أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديلين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (م ٤٥٢) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهي مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول ، حرم بيع الوفاء تحريما باتا (م ٤٦٥) ، وهذه هي نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزا دون قيد . ولما استكثر التعامل منه ضروبا هي رهن حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش ، حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن بيوع الوفاء فى مصر ليست إلا رهونا مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعا ، فى صورتيها الساترة والسافرة .

وفى عقد الشركة أدخل التقنين الجديد تعديلا فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يجعل نصيب هذا الشريك فى الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهرى الذى تقوم عليه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (فقرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هذا الشريك يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم — جريا على سنن القانون الفرنسي ومن قبله القانون الرومانى — يسمي طائفة من العقود ، هي القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، عقودا عينية ويجعلها لا تتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقية تخلفت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضاء المتعاقدين وحده كاف لانعقاد العقد فى غير طائفة معينة من العقود سماها عقوداً رضائية . وكان يتطلب فى كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركنا غير الرضاء يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضي فى طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضاء المتعاقدين كافيا لانعقاد العقد فى غير طائفة العقود الشكلية ، فقد زالت الحكمة فى اشتراط العينية فى بعض العقود . ولم يعد هناك مسوغ لبقائها ،

وقد اختفت فعلا فى كثير من التقنينات الحديثة . واختفت كذلك فى التقنين الجديد (١) .

وفى عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكما هاماً ، فنص فى المادة ٥٤٤ على أنه إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد ، أو الحد منه .

وفى عقد الإيجار استحدث التقنين الجديد تعديلا هاما ، فجعل التزام المؤجر التزاما إيجابياً هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر فى التقنين القديم التزاماً سلبياً يقتصر على ترك المستأجر ينتفع بالعين . واقتضى هذا التعديل الجوهرى نصاً صريحاً فى التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصاً كان موجودا فى التقنين القديم ، يقضي أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لايوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة .

وعلى النقيض من عقد الإيجار ، يقتضي عقد الكفالة تشددا من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعا فى أكثر الأحيان ، ويغلب أن يكون قد تورط فى كفالة لاتلبث أن تعود عليه بالغرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لايثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالبينة (م ٧٧٣) .

وفي الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للحقوق العينية الأصلية ، استحدث التقنين الجديد تعديلات هامة فى حق الملكية وأسباب كسبها .

---

(١) هذا مع استثناء هبة المنقول ، فإنها تتم فى إحدى صورتيها بالقبض تمشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢ — ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا النص أن هبة المنقول ، إذا لم تخف تحت ستار عقد آخر ، تتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما (م٨١٣)، وقيد المطل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل (م ٨٢٠). ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنتت الأقلية ووقفت حجر عثرة فى سبيل الإصلاح (م٨٢٨)، وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعدله المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩) ، بل وحتى لو قررت التصرف فى المال الشائع مستندة فى ذلك إلى أسباب قوية (م٨٣٢) . وقصرت المادة ٨٣٣ حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول ، أما العقار فاكتفى فيه بالشفعة ، وبذلك حدد التقنين الجديد تحديدا عمليا واضحا نطاق كل من نظامين متقاربين ، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسي وهو حق الاسترداد ، وأخذ الآخر من الفقه الإسلامى وهو الشفعة . وأدخل التقنين الجديد فى الملكية الشائعة نظامين جديدين ، هما نظام ملكية الأسرة (م٨٥١ — ٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظيما من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة . فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز فى خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة . وجعل للشركاء الحق فى تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع ، وأعطي لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعدله المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به . وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصرى فى الريف . فكثيراً ما تستبقى الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث ، ويتولى الإدارة كبير الأسرة . فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقرا لهذه الحالة . والنظام الآخر — نظام اتحاد الملاك — يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن ينشئوا مساكن تكون ملكا لهم ، فأجيز تكوين اتحاد لبناء المساكن أو مشتراها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد ، كما أجيز لملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحادا فيما بينهم . ويضع الاتحاد ، فى كل من هاتين الصورتين، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك ، ويكون له مأمور يتولى تنفيذ قراراته.

وفى هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمبانى ذوات الطبقات ، وتشجيع على إنشاء هذه المبانى ، مما يعين على التفريج من أزمة المساكن فى المدن المكتظة بالسكان.

وفى الاستيلاء كسبب للملك ، اشترط التقنين الجديد فيمن يحيى الأرض الموات بقصد تملكها أن يكون مصرياً (م ٨٧٤ فقرة ٣) ولم يكن هذا الشرط واجبا فى التقنين القديم .

وفى الالتصاق : إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً ، فأجاز فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض ، إذ كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهقه ، أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل . وفى حالة أخرى ، إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، أجازت المادة ٩٢٨ للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل .

وفى الشفعة : عالج التقنين الجديد نقصاً فى التقنين القديم ، فأباحت المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه . وكان التقنين القديم يسقط حق الشفيع أيضا إذا لم يعلن الرغبة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، وكانت واقعة العلم هذه تثير منازعات كثيرة من ناحية الإثبات ، فوقف التقنين الجديد عند الإنذار الرسمي دون العلم. وضيق التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه فى التقنين القديم وذلك من نواح عدة : أوجب فى خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع (م ٩٤٢) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول (م ٩٤٣) ، وأسقط الحق فى الأخذ بالشفعة بمقتضي المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (وفى التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر) أو نزل الشفيع عن هذا الحق ولو قبل البيع (وفى التقنين القديم لم يكن يعتد بنزول الشفيع عن الحق

قبل البيع) ، كما لم يجز الأخذ بالشفعة ، بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (وفى التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة) .

وفى الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذى خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين الجديد فى الرهن الرسمي رهن الحصة الشائعة ، فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ، وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتهن الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد (م ١٠٣٣) بين رهن ملك الغير ويقع قابلا للإبطال ، ورهن المال المستقبل ويقع باطلا . وأجاز للدائن (م ١٠٦٧) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطرا إلى زيادة العشر كما كان الأمر فى التقنين القديم .

ولم يلغ التقنين الجديد حق الاختصاص ، ولكنه قلل من عيوبه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . وأجاز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على مايكفى لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) ، ولم يستلزم ، من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم (م ١٠٨٩) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها فى يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة فى التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين والمهندسين المعماريين (م ١١٤٨) . وقد عجل قانون الشهر العقارى إصلاحاً آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيازة العقارى خاضعين لنظام القيد دون نظام التسجيل .

هذه هي أهم الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن

أى حكم منها لايسرى على الماضي ، ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ نفاذ التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضي مشاكل تعالجها فى مواضعها من هذا الكتاب .

٢ — ما قنن التقنين الجديد من أحكام كان معمولا بها من قبل

وهذه طائفتان . طائفة هي الأحكام التى قررها القضاء المصرى دون نص فى ظل التقنين القديم ، وهي أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن مقننة فقننها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوصا عليها فى التقنين القديم ، ولكن النصوص كانت إما معيبة فهذبها التقنين الجديد ، أو مدسوسة فى مكان غير التقنين المدنى فنقلها التقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

ا — الأحكام التى قررها القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم دون نص فقننها التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . فقد انتفع هذا التقنين انتفاعا بعيد المدى بالقضاء المصرى السابق ، من وطنى ومختلط ، وقنن المبادىء الهامة التى أقرها هذا القضاء فى خلال سبعين عاما عمل فيها فى ظل التقنين القديم .

فى الباب التمهيدى ، وردت نصوص صريحة فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفى الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يتناولها ، ولكن القضاء المصرى كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفى نظرية الالتزام ، أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصرى فى طائفة كبيرة من النصوص . فى العقد والعمل القانونى نقل عن القضاء المصرى كيف تتوافق الإرادتان ، وكيف يتعاقد الغائبان ، وأورد نصوصا صريحة فى مبادىء كان القضاء المصرى قد أقرها ، كالنيابة فى التعاقد ، والعقد الابتدائى ، والعربون ، والاستغلال ، وإنقاص العقد ، وتحويله ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ،

والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والوعد بجائزة . وفى مصادر الالتزام غير العقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كعلاقة السببية فى المسئولية التقصيرية ، وأسباب دفع المسئولية ، وطرق التعويض المختلفة ، واجتماع التقادم المدنى والتقادم الجنائى ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك قنن التقنين الجديد لقضاء المصرى فى مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالالتزام الطبيعي ، والالتزام باتخاذ الحيطة ، ونظرية التهديد المالي ، والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسئولية ، والضرر المباشر ، والضرر الأدبى ، والمطالبة القضائية بالفوائد ، وجواز تخفيض الشرط الجزائى إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتجديد الحساب الجارى ، والإنابة ، وتقادم الريع ، وتقادم الاستحقاق فى الوقف ، وبدء سريان التقادم ، ووقفه ، وانقطاعه ، والنزول عنه ، وتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفاتر التجار ، والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة ، وجواز إثبات الحنث فيها .

وفى العقود المسماة ، قنن التقنين الجديد أحكام القضاء فى البيع بالتقسيط ، وفى إقرار المشترى بالاستحقاق ، وفى ضمان صلاحية المبيع ، وفى تقديم الشريك نقوده حصة فى الشركة ، وفى القواعد التى تنظم إدارة الشركة ، وفى المسئولية عن ديون الشركة، وفى استمرار الشركة مع القصر ، وفى إثبات الصلح بالكتابة ، وفى ضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وفى حريق العين المؤجرة ، وفى التحسينات التى يستحدثها المستأجر ، وفى أثر موت المستأجر فى انقضاء عقد الإيجار ، وفى انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال الموظف وبهلاك الزرع ، وفى عدم إنقاص أجر الوكيل إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة ، وفى نائب الوكيل ، وفى مسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، وفى تعدد الوكلاء ، وفى وديعة الفنادق ، وفى كفالة ناقص الأهلية ، وفى تزاحم الدائن مع الكفيل فى الرجوع على المدين. كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها الأساسية ، كعقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفى الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ، وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحائط المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشيوع الإجبارى ، وملكية الطبقات ، والتصرفات الصادرة فى مرض الموت ، وتزاحم الشفعاء ،

وحق السكنى ، والقيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء .

وفى التأمينات العينية ، نقل التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى فى شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء ، وفى نزول الدائن المرتهن عن مرتبته ، وفى الحائز العقار المرهون ، وفى بعض أحكام التطهير ، وفى منع حق الاختصاص بعد إعسار المدين أو موته ، وفى رهن الدين رهن حيازة ، وفى ترتيب حقوق الامتياز ، وفى التفصيلات المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق .

ب — الأحكام التى كانت تقوم على نص تشريعى :

نصوص كانت معيبة فهذبت : كان التقنين القديم يشتمل على نصوص معيبة فهذبها التقنين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التى وردت فى الغلط ، وفى السبب ، وفى البطلان ، وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى مسئولية المكلف بالرقابة ، وفى مسئولية المتبوع ، وفى دفع غير المستحق ، وفى الفضالة ، وفى الدعوى غير المباشرة ، وفى الدعوى البوليصية ، وفى الحق فى الحبس ، وفى التضامن ، وفى المقاصة ، وفى وقف التقادم ، وفى البيع فى مرض الموت ، وفى عقد المقاولة ، وفى الحراسة ، وفى القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وفى نظرية الحيازة ، وفى نظرية حق الارتفاق .

نصوص كانت فى مكان آخر فنقلت الى التقنين المدنى : نقل التقنين الجديد هذه النصوص إليه ووضعها فى مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارداً فى لائحة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والهبة وإيجار الوقف والحكر ، وكان الباحث يلتمسها فى كتب الفقه الإسلامى . وأحكام العرض الحقيقى والإيداع والحوالة بين حجزين وإجراءات حق الاختصاص والبقاء فى الشيوع لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت محشورة بين نصوص تقنين المرافعات . وقسمة المورث ، وقد وردت نصوصها فى قانون

الوصية . والشفعة ، وكانت قد فصلت عن التقنين المدنى وصدر بها قانون خاص (١) .

---

(١) ويجب التمييز » فى التشريعات المدنية التى كانت منفصلة عن التقنين المدنى القديم ، بين :

«ا» تشريعات مدنية وضعت على سبيل الدوام والاستقرار ، وهى فى الواقع من الأمر جزء من القانون المدنى ، وإن كانت منفصلة ماديا عن التقنين المدنى ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة وبالشهر العقارى وبالفوائد وبالرى وبطرح البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات فعلا جزءاً من التقنين المدنى القديم ، وأدمج الكثير منها فى التقنين المدنى الجديد ، وإن بقى بعضها منفصلا عنه لأسباب خاصة كقانون الشهر العقارى وقانون الرى .

«ب» تشريعات خاصة صدرت فى ظروف استثنائية لمناسبات معينة ، وعاشت إلى جانب التقنين المدنى القديم ، مستقلة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى ببقائه ، ولا تزول بزواله . وإنما هى تبقى ببقاء الظروف الاستثنائية التى كانت سبباً فى صدورها ، وتزول بزوال هذه الظروف. مثل ذلك التشريع المتعلق بعدم جواز إخلاء الأماكن المؤجرة وتعيين حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التعليم وأغراض التموين ، والتشريع الخاص بتجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تعتبر مستقلة عن القانون المدنى ، ولم يلغها التقنين المدنى الجديد، وإنما هى باقية ببقاء الظروف الاستثنائية التى استدعت صدورها ، ولا تزول إلا إذا ألغيت بتشريع خاص أو إذا انقضت المدة التى قدرت لبقائها .

(٤)

الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديدمن الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة .)

(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

***

١ — موقف التقنين الجديد

من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة

نحسن ، حتى نرسم موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ، أن نبين أولا أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين : (الاتجاه الأول) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين مابين المنطقة التى تنظمها الإرادةوالمنطقة التى ينظمها القانون . (والاتجاه الثانى) يتعلق بمقدار ماينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية tendance subjective ، ومقدار ماينطوى عليه من نزعة موضوعية tendance objective ، وأية نزعة من هاتين النزعتين هي المتغلبة على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسي الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعةالموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً إزاء تنازع نظرياتمتعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول — أى المذهبين نختار فى تصور الالتزام: المذهب الشخصي أو المذهب المادى ؟ (٢) والأمر الثانى — أيةالنظريتين نختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث — حظ التصرف المجرد acte abstrait بالنسبة إلىالتصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان نحتله بجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصي للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة . ولا تجعل للتصرف المجرد مكانا ملحوظاً إلى جانبالتصرف المسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى النقيض من ذلك تختار المذهب المادى للالتزام ، وتؤثر

نظرية الإرادة الظاهرة ، وتجعل التصرف المجرد مكانا ملحوظا إلى جانب التصرف المسبب .

ومن ثم فالاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف المسبب والتصرف المجرد .

ويقال عادة إن هذه الاتجاهات العامة فى جملتها تفصل مابين التقنينات اللاتينية والتقنينات الجرمانية . فالأولى مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذ به إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فمشبعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ. والأولى تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية المادية . وتؤثر الأولى نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف المسبب هو القاعدة فى التقنينات الأولى ، أما التقنينات الأخرى فتبرز إلى جانب التصرف المسبب التصرف المجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقى على عواهنه دون تمحيص . وهو إذا صدق فإنما يصدق فى الناحية الفقهية أكثر مما يصدق فى الناحية التشريعية . ذلك أنه لايوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين ، ونبذ بتاتا الاتجاه الآخر . فالتقنين الألمانى — وهو عنوان التقنينات الجرمانية — احترم مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالعنصر الشخصي فى الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنة فى كثير من النواحي ، وعرف التصرف المسبب فاعتبره باطلا إذا كان مخالفاً للآداب ، وجعله قابلا للإبطال إذا شاب الإرادة عيب . والتقنين الفرنسي — وهو عنوان التقنينات اللاتينية — يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويعتد فى بعض الحالات بالعنصر المادى فى الالتزام ، ويأخذ بالإرادة الظاهرة فى بعض النواحي ، ويعرف التصرف المجرد ولو على سبيل الاستثناء . فالفصل مابين التقنينات الجرمانية والتقنينات اللاتينية فى هذه الاتجاهات لايجوز أن يكون فصلا تاماً . والذى يمكن أن يقال فى هذا الصدد أن نزعة التقنينات الجرمانية أقرب إلى اتجاهات منها إلى اتجاهات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنينات اللاتينية ، ولكن دون أن نستبعد هذه

الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين (١) .

أضف إلى ماتقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت فى الخمسين عاما الأخيرة ، منذ ظهور التقنين الألمانى ، بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف إلى هذا الغرض ، حمل سالي (Saleilles) لواءها فى مستهل القرن العشرين . وبرز هذا الطابع فى التقنينات اللاتينية الحديثة التى ظهرت فى القرن الحالي . ترى ذلك واضحا فى التقنينين التونسي والمراكشي ، وفى التقنين اللبنانى ، وفى المشروع الفرنسي الإيطالي ، وفى التقنين الإيطالي الجديد ، وفى تقنينات أخرى متخيرة كالتقنين البولونى والتقنين البرازيلي والتقنين الصينى . وكان من أثر ذلك أن أصبحت هناك فروق محسوسة بين التقنين المدنى الفرنسي أوتقنين نابليون (Code civil français, Code Napoléon) والقانون المدنى الفرنسي (Droit civil français) وانفرجت مسافة الخلف بينهما (٢) .

أما التقنين المصرى الجديد فقد بدأ فى مشروعه التمهيدى يتأثر تأثراً ظاهراً بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثر أخذ يخف تدرجا فى المراحل التالية ، وقد خف بنوع خاص فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، ثم فى المشروع الذى أقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وهو فى الصورة الأخيرة التى صدر بها قد انحاز انحيازا نهائياً إلى النظام اللاتينى . وإذا كانت هناك بقايا من النزعة الجرمانية لاتزال موجودة (٣) ، فذلك هو القدر الذى تأثرت فى حدوده القوانين اللاتينية ذاتها فقها وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لها التقنين المصرى الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا التقنين لايزال منتميا للنظام اللاتينى لا فى دائرة التقنين المدنى الفرنسي بالذات ، ولكن فى دائرة أوسع هي دائرة

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور محمود أبو عافية فى رسالته «التصرف القانونى المجرد» نسخة عربية ص ٢٧٤ — ص ٢٧٩ ، والدكتور أحمد زكى الشيتى فى المذكرة التى تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ ص٢٥ — ص٢٦ ، وانظر بنوع خاص ما ورد فى هذه المذكرة (ص٣٧ — ص٤٠) عن نظرية الثقة (Vertrauenstheorie) التى أخذ بها التقنين الألمانى متوسطاً فى ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة .

(٢) أنظر فى هذا المعنى التقرير الذى تقدم به الأستاذ مورى (Maury) إلى مؤتمر الأسبوع الدولى للقانون الذى عقد بباريس سنة ١٩٥٠ ص١٢ . ويقارن الأستاذ بين التقنين الجديد وبين القانون الفرنسى من جهة والقانون الألمانى من جهة أخرى فى ص ١٠ إلى ص ١٢ .

(٣) مثل ذلك تعريف العقد والمعايير الموضوعية والعقود التى تقوم على الإرادة الظاهرة وغير ذلك مما سنورده تفصيلا فيما يلى .

القانون المدني الفرنسي المتأثر بعض النزعات الجرمانية (١) .

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تقاليده اللاتينية ، بل بقي محتفظا بها . والزعم بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلابا فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لايقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب ؛ ولكن تسجيل لما تم فعلا من تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقي التقنين الجديد النظام اللاتيني أساسا له . ولكن النظام اللاتيني الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المدنى الفرنسي فى مقتبل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسايراً الحاجات العملية وتخطي أعناق السنين حتي وصل إلي منتصف القرن العشرين . فالقول بالثورة والانقلاب قول يخالف الواقع ، وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن .

وننظر الآن فى ضوء ماقدمناه إلي موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التي أسلفنا ذكرها .

١ — مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلا . فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفنى فى سلطان المشرع وسلطان القاضي ، إذ لايزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه . ولا هو تركه

---

(١) أنظر فى هذا المعنى تقرير الأستاذ مورى المشار إليه وتقرير الدكتور شفيق شحاته المقدم إلى مؤتمر الأسبوع الدولى الذى تقدم ذكره . وجاء فى مبسوط القانون المقارن للأساتذة بير أرمانجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثان ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) ، فى تقدير التقنين الجديد ما يأتى : « إن مبادىء (التقنين المصرى الجديد) ، وتكييفاته القانونية ، ومصطلحاته الفنية ، وقواعده الأساسية ، هى فى مجموعها ماتراه فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل مبتدع لما يمتاز به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale) .

يطغي فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة .

استبقى القيود التي كان التقنين القديم رسمها حدودا لسلطان الإرادة . فلا تزال هناك عقود شكلية روعي في شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تتجه لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة في نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للغبن في بعض العقود قائمة كما في بيع عقار القاصر وإيجار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه على الخمس (م ٨٤٥) .

واستحدث قيودا جديدة طاوع فيها التطور الاجتماعي والاقتصادي للقانون طوال العصور الأخيرة ، بل سجل في بعضها ما كان القضاء المصري ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

فقيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق الغبن ، وحوره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرنة تتناول جميع العقود . فرسم بذلك للإرادة حدودا جديدة لا تتعداها ، ومنع أن يستغل المتعاقد طيشاً أو هوى آنسه في المتعاقد الآخر حتى لو رضي هذا بما وقع عليه من غبن ، إذ أن إرادته في هذه الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرتب القانون عليها أثرها (أنظر المادة ١٢٩) . ومثل الاستغلال الإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدودا لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد في حالة الاستغلال يستغل في المتعاقد الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو في حالة الإذعان يستغل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المغبون مذعن في الحالتين . ومن ثم قيد القانون من سلطان الإرادة في حالة الإذعان كما قيد منها في حالة الاستغلال . فقضي بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة (أنظر المادة ١٤٩) (١) بل إن التقنين

---

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظر أخرى ، أن ما رتبه القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام لسلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يعتد اعتداداً كاملا بالإرادة المستغلة أو المذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تستكمل حريتها ، ولا سلطان إلا للارادة الحرة .

الجديد سار فى الحد من سلطان الإرادة إلي مدى أبعد . فألزم ، كما قدمنا فى إدارة المال الشائع وفى التصرف فيه ، أقلية الملاك فى الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (أنظر المواد ٨٢٨و٨٢٩و٨٣٢) . وجعل زمام الإدارة فى يد الأغلبية إذا كون ملاك طبقات البناء الواحد اتحادا فيما بينهم (أنظر المواد ٨٦٤و٨٦٥و٨٦٦و٨٦٧) (١) . وفى هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد ضحي بهذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك فى الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا فى الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل فى بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما سنرى (أنظر المادة ٩٥) .

وقيد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد ، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتى الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وطبق هذه النظرية تطبيقا خاصا فى عقدى الإيجار والمقاولة . فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً» (أنظر أيضاً المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص فى الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد» . وكجواز إنقاص الالتزام الذى أصبح مرهقاً لحوادث

---

(١) أنظر أيضاً فى حالتين أخريين المادتين ٩٢٥و٩٢٨ .

طارئة جواز تخفيض التعويض فى الشرط الجزائى إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيراً على الضرر الذى وقع فعلا ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه «يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلي درجة كبيرة» . ومثل ذلك أيضاً أن يقتصر المدين على دفع تعويض نقدى إذا تبين أن فى التنفيذ العينى إرهاقاً له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه «إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً» . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهي تضع الجزاء على مخالفة القيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء ، على أن «كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . ومثل ذلك أخيراً ما رتبه التقنين الجديد على تغير الظروف فى تعديل حق الارتفاق وفى إنهائه . فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، فى صدد النهي عن إبدال موضع آخر بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتى : «ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلي موضع آخر من العقار ، أو إلي عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبي ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق» . ونص فى المادة ١٠٢٩ على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثها التقنين الجديد — وقد سبقه القضاء المصرى إلي بعض منها — فخفف بهذا التجديد من النزعة الفردية التى كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتى كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال فى تقييد هذا المبدأ ، إذ هو فيما قيده به قد جارى النزعة

الحديثة المتمشية ، لأن التقنينات الجرمانية وحدها بل وفى التقنينات اللاتينية الحديثة ذاتها ، فسار بذلك تطوراً محموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنينات (١).

ب — النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام فى نظرية الالتزام أن هناك مذهبين مختلفان فى النظرة إلى الالتزام . فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى فيه هو مايقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذه هي نظرية القانون الرومانى ، وعنها أخذت القوانين اللاتينية . أما المذهب المادى فينظر إلى محل الالتزام باعتبار أنه هو العنصر الأساسي فيه ، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثانى ، فيصبح الالتزام فى نظر هذا المذهب عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية . وهذه هي النظرية الجرمانية ، قال بها جيرك ومن نحا نحوه من فقهاء الألمان متأثرين فى ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة ، ونابذين تقاليد القانون الرومانى .

والمذهب المادى يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبقى الالتزام رغم تغير أطرافه . فلو أن الالتزام ، فى عنصره الجوهرى ، رابطة شخصية ، لزال بزوال هذه الرابطة ، ولما أمكن أن يتغير الدائن فى حوالة الحق ، والمدين فى حوالة الدين ، دون أن يتغير الالتزام ذاته . ويفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن . والالتزامات التى تنشأ دون دائن تقع كثيراً فى الحياة العملية ، فمن ذلك التزام الواعد بجائزة ، والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والتزام من يوقع السند لحامله . فلو أن الالتزام ليس فى جوهره إلا رابطة شخصية بين

---

(١) على أن التقنين الجديد ، من جهة أخرى ، قد بسط فى سلطات الإرادة عندما استبقاها فى بعض الفروض تنتج أثراً آخر غير الأثر المقصود أصلا ، بعد أن أبطل أثرها الأصلى. نرى ذلك فى انتقاص العقد وفى تحويله . فقد نصت المادة ١٤٣ على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله » . ونصت المادة ١٤٤ على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

دائن ومدين ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معا وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنينات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصي فى الالتزام ، تفسح مجالا لبعض تطبيقات المذهب المادى ، فتعترف بحوالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله ، وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادى بالمذهب الشخصي سارت التقنينات اللاتينية فى تطورها ، فاعترف بعضها بحوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بجائزة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يغرق فى الأخذ بالمذهب المادى ، ولكنه من جهة أخرى سجل ما تم فعلا من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولا استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادى ، فاعترف بحوالة الحق (أنظر المواد ٣٠٣ — ٣١٤) ، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة أو لمصلحة أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانيا سجل ما تطورت إليه التقنينات اللاتينية فى ناحية المذهب المادى إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥ — ٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصي للالتزام ، ولم يخرج على تقاليده خروجاً لا تبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وعن طريق هذه الإرادة تتسرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه يعيبها ولا استغلال . ويجب أن تكون على هدى ،

لاغلط يشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانباً للظروف الطارئة غير المتوقعة ، مما سبق بيانه . أما الالتزام غير الإرادى فلايزال هو أيضاً رابطة مابين شخصين إلى حد أن الدائن بتعويض عن ضرر أدبي لاينتقل حقه إلي ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تحدد بمقتضي اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء (أنظر المادة ٢٢٢) . وفى هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصي فى الالتزامات غير العقدية .

م — نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى فى هذا أيضاً ، عند الكلام فى نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلي الإرادة . فمذهب الإرادة الباطنة — وهو المذهب اللاتيني — يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب الإرادة الظاهرة — وهو المذهب الجرمانى — يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعي للارادة والقانون إنما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلي أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى يقف عنده المتعاملون ويطمئنون إليه فى تعاملهم .

ولم تسلم التقنينات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنينات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . ويعنينا فى هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديد بقى فى حظيرة التقنينات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلي الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو فى هذا قد تأثر بالنزعة الجرمانية الموضوعية تأثر التقنينات اللاتينية ذاتها بهذه النزعة ، وقد سبقت الإشارة إلي ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل ، فى تكوين العقد وفى تفسيره .

ففى تكوين العقد سار إلي حد أن أقام العقد فى بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص فى المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلي علم الموجب قبل أن يصل العدول ،

يرتبط بالعقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترن بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٢ من القانون الجديد على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه» . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس ، وهي الإرادة التي تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠) . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦) . ويقرر في صدد الإكراه ما قرره في صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . فإذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر (١) .

---

(١) وقل مثل ذلك في السبب غير المشروع إذا لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن يستطيع أن يعلم به — هذا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتداد بالإرادة الحقيقية ، فيقال =

وفى تفسير العقد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة فى العقود التى تكون عبارتها واضحة . فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفى التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزام للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هي أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولايجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف على تلك . فنحن فى الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة ، وإن كنا نفعل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة فى بعض الفروض ، سواء كان ذلك فى تكوين العقد أو فى أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص فى المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لايجوز السير فى هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تحتمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها فى بعض الفروض ، فقد صدر فى ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فإنما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذى يمكن التعرف عليها، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التى تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفى مواطن شتى ، سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

ففى تكوين العقد ، لم يعتد بالإرادة إلا فى معدنها الحقيقى ، حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة ، فمحصها من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، بل إنه

= إن العقد فى الحالات المتقدمة فى الغلط والتدليس والإكراه يجوز إبطاله لفساد الإرادة ، ولكن يرجع المتعاقد الآخر — وهو لا ذنب له — على المتعاقد الأول بالتعويض ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً .

تعقبها فى مظان ماقد تخضع له من ضغط كما فعل فى عقود الإذعان . ثم سار فى استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه ماتتجه إليه من غايات مستترة إلى مدى أبعد، إذ اعتد لا بالإرادة وحدها بل أيضاً بالباعث الذى كان دافعاً لها . وهذه هي نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة ، وفى الأخذ بهذه النظرية انحياز واضح للإرادة الباطنة .

وفى تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه «وإذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات». فالأصل إذن فى تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أى تلمس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجارى فى المعاملات ، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للنفاذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذى يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل فى الإرادة هي الإرادة الباطنة . ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال ، تبعاً لمقتضيات الاستقرار فى التعامل ، تتجسم فى المظهر الذى اتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هي الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التى يولدها هذا المظهر فى نفوس المتعاملين. (١) وإذا كان التقنين الجديد قد سار فى طريق

---

(١) هنا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكى الشيتى فى المذكرة التى تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس فى سنة ١٩٤٩ (ص٣٧ — ص٤٠) يرى أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauenstheorie) التى أخذ بها التقنينان الألمانى والسويسرى . وهذه النظرية وسط بين نظريتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهى تأخذ بالإرادة التى استطاع من وجه إليه التعبير أن يعرفها من خلال هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التى يجب عقلا أن تدخل فى اعتباره . فالإرادة التى يعتد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هى الإرادة الباطنة التى يمكن التعرف عليها من خلال هذه الضوابط الموضوعية (volonté reconnaissable) .

ولا شك فى أن التقنين الجديد قد أخذ كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يعرف عليها عن طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسي ، فإن له فى ذلك أسوة بالتقنينات اللاتينية الحديثة التى خطت هي أيضاً خطوات واسعة فى هذا الطريق . ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة ، فهو على كل حال لم يبلغ فى ذلك مبلغ التقنين الألمانى والتقنينات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال فى هذا الصدد باقياً فى حظيرة التقنينات اللاتينية المتطورة .

و — التصرف المسبب والتصرف المجرد :

سنرى عند الكلام فى نظرية السبب أن هذه النظرية هي المحك الذى تتميز به التقنينات ذات الصبغة الذاتية عن التقنينات ذات الصبغة الموضوعية . فالتقنينات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتفسح له مجالا واسعاً ، ولا تقر التصرف المجرد عن سببه إلا فى حدود ضيقة . أما التقنينات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولا تفسح له إلا مكاناً محدوداً ، وتتوسع فى إقرار التصرف المجرد ، وترده إلى قاعدة عامة .

وسنرى ان القانون الفرنسي قد خطا فى نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسي بالنظرية التقليدية الضيقة ، وهي نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، فحورته إلى فكرة نفسية خصبة . واشترط فى كل تصرف أن يكون مقروناً بسببه ، فلا يكون التصرف مجرداً (abstrait) إلا فى حالات استثنائية يقتضيها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بذواتها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنينات الجرمانية . فعندها أن السبب فكرة موضوعية بحتة . وقد احتفظت هذه التقنينات فى نظرتها هذه بصبغتها الموضوعية السائدة . ومن ثم أقرت التصرف المجرد فى حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التى أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التى تنشىء الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع ، وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإنابة فى الوفاء .

بل سارت فى هـذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسمت خطوطاً رئيسية للتصرف المجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه ، فيتخـذ صورة التعهد المجرد بالوفاء promesse abstraite de) (paiement أو الاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)

فإلى أى المذهبين انتمى التقنين الجـديد ؟ هنا نراه ينحاز انحيازاً تاماً إلى مذهب التقنينات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسي : نظرية نفسية واسعة تنفذ منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل فى الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجـديد أخـذ فى بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف فى نظرية السبب عند المعيار الذاتى ، ولم يتزحزح فى ذلك عن تقاليـد التقنينات اللاتينية . فالتقنين المصرى الجديد سببى(causaliste) كالتقنين المصرى القديم ، وكالتقنين الفرنسي ، وهو يتعارض فى هذا إلى حد بعيد مع التقنينات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسي يستوجب أن يكون كل التزام مقروناً بسببـه ، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام المجرد إلا فى حدود ضيقة ، فلا يضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانيـة ، بل لايعترف به إلا فى حالات معينة يقتضيها الاستقرار فى التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصوصاً خاصة .

ومن ثم نرى أن التقنين الجـديد فى هذا الصـدد بقى كعادته فى حظيرة التقنينات اللاتينية . بل إنه هنـا التزم هذه الحظيرة فى أضيق حدودها ، ولم يتأثر لا كثيراً ولا قليلا بالتقنينات الجرمانية .

٢ — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاعتدال . رأيناه معتـدلا فيما قدمنا . يتوسط فى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فيأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط بين المذهب الشخصي والمذهب المادى للالتزام ، فيستبقى المذهب الشخصي بعد أن يأخذ بما فى المذهب المـادى من نتائج عمليـة نافعة . ويتوسط بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، فيصدر عن الإرادة الباطنة ، ولـكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث يقتضي ذلك استقرار التعـامل . ثم هو يأخـذ بنظرية السبب

كاملة ، ولا يقر التصرف المجرد إلا فى حدود معتدلة معقولة .

فالتقنين الجديد يعد بحق من القوانين المتخيرة (éclectique)، وإن بقى بوجه عام فى حظيرة التقنينات اللاتينية كما قدمنا .

وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله قواماً بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة .

١ — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحي العملي ينبغي أن يحمل فى طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى يكون عملياً .

عوامل التطور فى التقنين الجديد : أهم هذه العوامل هي هذه المعايير المرنة التي جعلها التقنين الجديد فى مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاها للقاضي .

١ — **المعايير المرنة :** ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد الجامدة التي لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك الغبن في بيع عقار لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار (م ٤٢٥) ، والفوائد القانونية والاتفاقية وقدر لها سعر معلوم لا تجاوزه (م ٢٢٦ — ٢٢٧) ، والقاعدة التي تقضي بأنه إذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه (م ١٠٣ فقرة ٢) وقد نقلها التقنين الجديد عن القضاء والعرف ، والقاعدة التي استحدثها من جواز نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (م٨٤٥) . هذه القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلا واحداً ثابتا لايتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتي تقف فى بعض المسائل عند رقم معلوم لاتحيد عنه ، قد نكون فى حاجة إليها فى قليل من الحالات لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لايجوز الاستكثار من مثل هذه القواعد الجامدة فإنها تقف عقبة فى طريق التطور . وخير منها معايير مرنة يضعها المشرع هادياً للقاضي ، يسترشد بها هذا فيما يعرض له من الأقضية ،

ولا يتقيد فيها بحل واحد لاينحرف عنه ، بل تتغاير الحلول وتتفاوت بتغاير الظروف وتفاوت الملابسات (١) .

وهذا مثل لمعيار مرن استبدله التقنين الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة فى التقنين القديم. فقد كانت المواد ٢٩١ - ٢٩٢ / ٣٦٤-٣٦٦ من التقنين القديم تنص على جواز فسخ البيع إذا وقع على أشياء بيعت جملة واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه أو أكثر . ثم نصت المادتان ٢٩٢ / ٣٦٧ من هذا التقنين على أنه لايجوز للمشترى فسخ البيع فى هذه الأحوال « إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين». فنبذ التقنين الجديد هذه القاعدة الجامدة التى تقف عند نسبة معينة من الثمن ، واستبدل بها معياراً مرناً ، إذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه « لايجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث إنه لوكان يعلمه لما أتم العقد » . وكذلك يكون الحكم فيما لو وجد المبيع زائداً على المقدار المتفق عليه (م ٤٣٣ فقرة ٢) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضي من الملاءمة مابين ظروف كل قضية والحل القانونى الذى يناسبها ، فقد يكون النقص أو الزيادة فى المبيع أكثر من نصف العشر ويرفض القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، وقد يكون أقل ويجيب القاضي المشترى إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملابسات والظروف فى كل قضية بذاتها .

وقد أكثر التقنين الجديد من هذه المعايير المرنة إذ هي من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضا منها .

فن ذلك معيار الغلط الجوهرى ، وقد عرفته المادة ١٢١ بأنه الغلط الذى يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : « القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل — المعيار والقاعدة » ، رسالة بالفرنسية للمؤلف ليون سنة ١٩٢٥ . هذا ولا يجوز الاعتراض على فكرة المعيار المرن بالخشية من تحكم القاضي ، وبأن هذا التحكم يمتنع إذا تقيد القاضي بقاعدة ثابتة . ذلك أن القاضي لايلبث إزاء القاعدة الجامدة التى أصبحت لا تلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينطلق إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان أمامه معيار تعريفى مرن مفروض عليه أن يسترشد به .

التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار التدليس الجسيم ، وقد قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ومثل معيار التدليس الجسيم معيار الرهبة القائمة على أساس ، إذ تقضي المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وفي الاستغلال اتخذ التقنين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق الاستغلال إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً (م ١٢٩ فقرة أولى) . وكذلك في السبب اتخذ التقنين الجديد معيار الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به في النص . وفي جواز الرجوع في الهبة اتخذ معيار العذر المقبول ، فأجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ فقرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التي ذكرناها هي معايير ذاتية يراعي في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ في صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه » . وسنرى أن هناك معايير أخرى موضوعية في التقنين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

٢ — **سلطة القاضي التقديرية** : وعامل آخر في التقنين الجديد يفسح أمامه المجال للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التي جعلها للقاضي . رأيناها في تطبيق هذه المعايير المرنة التي تقدم ذكرها ، ونراها الآن فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقاً للمناسبات ، وما أعطي في ذلك من سلطة

تقديرية ، تصل به فى بعض الحالات إلى استكمال مافات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ماتم عليه الاتفاق فيا بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ فى ذلك مدى مابلغ التقنين السويسرى إذ جعل القاضي مشرعاً فيا لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً فى سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة فى يد القاضي يطور بها القانون تطوراً مستمراً ، ويواجه بها مايتغير من ملابسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضي هذه السلطة التقديرية ، وهي سلطة تمكنه فى بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الاقتضاء .

فن النصوص التى تفسح للقاضي من سلطانه التقديرى ، هذه التى تجعل له حرية واسعة فى تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور ، وذلك فى حالة الدفاع الشرعي ، فن جاوز فى هذا الدفاع القدر الضرورى أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦) ، وفى حالة الضرورة ، فمن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لايكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضي مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفى تحديد طريقة التعويض ، فيعين القاضي هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ١٧١) . ويقدر القاضي ، عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي (م ٢٠٠) . وللقاضي أن يعين الميعاد المناسب لحلول أجل الدين إذا كان الوفاء مشترطاً عند المقدرة أو الميسرة (م ٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦ فقرة ٢) . وله أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها (م ٤١٠ فقرة ١) . وإذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلها دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز

القاضي بناء على طلب المالك أن يقرر مايراه مناسباً للوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .

ومن النصوص مايجيز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فى الشروط المتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف فى المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥). وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي (م ٧٠٩ فقرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز للقاضي فى الاستغلال أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان فى شق منه باطلا (م ١٤٣)، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان فى الصورة التى هو عليها باطلا وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) ، وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فى حالة الحوادث الطارئة (م١٤٧ فقرة٢)، وأن يعدل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان (م ١٤٩) ، وأن يقضي بالتعويض النقدى إذا كان التعويض العينى مرهقاً (م ٢٠٣ فقرة ٢)، وأن يخفض التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م٢٢٤ فقرة ٢) .

عوامل الاستقرار فى التقنين الجديد : أهم هذه العوامل هي المعايير الموضوعية التى أكثر التقنين الجديد منها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات .

١ — **المعايير الموضوعية** : رأينا فيما قدمناه كيف أن التقنين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنة التى تعين على التطور ، وبقي الآن أن نرى كيف أن الكثرة الغالبة من هذه المعايير هي معايير موضوعية لامعايير ذاتية كالتى سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي ، من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة ، بل هي الأصل الذى تنتمي إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات التقنين الجديد . وقد أراد هذا التقنين أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التى تميز

التقنينات اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان فى بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفى عليها شيئاً من الثبات والاستقرار .
ونأتى بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فن المعايير الموضوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار «عناية الشخص المعتاد» . ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الرومانى ، فهو معروف فيه ، شائع فى نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصول الالتزام بعمل ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل مايبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ثم طبقه فى نواح متفرقة ، فى العقود وفى غيرها . فالشريك فى عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة مايبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمستأجر فى عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها مايبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير فى عقد العارية عليه أن يبذل فى المحافظة على الشيء المعار العناية التى يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل فى عقد العمل يجب عليه أن يبذل فى تأدية العمل من العناية مايبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (ا)) . والوكيل فى عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنده فى عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء المودع مايبذله في حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت

الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠). والحارس فى الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد (م ٧٣٤ فقرة ١). والفضولى يجب عليه أن يبذل فى القيام بالعمل عنايةالشخص المعتاد (م١٩٢) — ومن المعايير الموضوعية، مانص عليه التقنين الجديد في الاستغلال، إذ لايجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩ فقرة ١). وما نص عليه في الخلف الخاص، من أن الالتزامات والحقوق المتصلة بالشيء تنتقل إليه فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته (م ١٤٦). وما نص عليه فى المسئولية عن الغير، من أن الشخص يكون مسئولا عن كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابته وكان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية (م ١٧٣ فقرة ١). وما نص عليه فى المسئولية عن الأشياء، من أن الشخص يكون مسئولا إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة (م١٧٨) (١). وما نص عليه فى تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض عنه، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١). وما نص عليه فى تحديد العيب الخفى فى الشيء المبيع، من أنه عيب ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أعد له (م٤٤٧ فقرة١). وما نص عليه فى الإيجار، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف (م ٦١٣). وما نص عليه فى التزام المرافق العامة، من أن ملتزمى هذه المرافق إذا أثبتوا القوة القاهرة جازلهم

---

(١) أما ماورد فى المادة ذاتها فى شأن المسئولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لامعيار. وفى هذه المقابلة بين الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية يتبين الفرق واضحاً بين المعيار والقاعدة.

أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته (م ٦٧٣ فقرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث فى تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين — وهذا هو معيار ذاتى — مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات — وهذه هي ضوابط موضوعية . ومانص عليه فى تحديد العذر المقبول للرجوع فى الهبة — وهو معيار ذاتى كما قدمنا ، بضوابط موضوعية ، ومنها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١) . ومانص عليه فى مواضع كثيرة متفرقة في اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون عالماً بالشيء — وهذا معيار ذاتى — أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به — وهذا ضابط موضوعي (انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ في النيابة والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ في الغلط والتدليس والإكراه) ، وما نص عليه فى الغلط فى المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضي به حسن النية — وهذا معيار ذاتى — ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد — وهذا ضابط موضوعي .

٢ — **الإرادة الظاهرة** : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ، أخذ التقنين الجديد فى بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توخياً لاستقرار التعامل . كما أخذ فى حالات أخرى بالتصرف المجرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للغرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

ب — التقنين الجديد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلا عادلا . فلم يضحِ الفرد لمصلحة الجماعة ، ولم يسخر الجماعة لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف حمي الفرد ، وكيف حمي الجماعة .

حماية التقنين الجديد للفرد : لم يقصر التقنين الجديد فى حماية الفرد ، ولم يتهاون فى أن يفسح للحرية الفردية مجالا معقولا ، سواء كان ذلك فى نطاق العقد أو فى نطاق الملكية .

فنى نطاق العقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها . فلا يزال الفرد حراً فى أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هى التى تنشىء العقد ، وهى التى ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقد ولا من خطره . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التى كانت سائدة فى أوائل القرن التاسع عشر ، والتى تشبع بها التقنين المدنى الفرنسى عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ما تتجه إلى تحقيقه من آثار ، فى حدود معقولة مقبولة ، فى عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفى نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فلمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف فى ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولمن أوصى لهم . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تثقل الملكية فى التقنين القديم . من ذلك الحق فى الشفعة ، ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكر ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكر على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمى الفرد إذن فى مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته فى التعاقد وحريته فى التملك .

حماية التقنين الجديد للجماعة : ولكن القانون الجديد يتمشي مع روح عصره ، ويساير التطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية .

في نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدي بعيد ، فهو محوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلا فيما أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد في هذا الصدد بأنه التزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يعنيها أن تحمي الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوي ، وأن تقيله من عثاره . رأينا التقنين الجديد يفعل ذلك في عقود الإذعان ، وفي نظرية الاستغلال ، وفي نظرية الحوادث الطارئة ، وفي عقد العمل ، وفي عقد التأمين ، وفي أحكام أخري كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طابعه حماية المدين ، وهو في ذلك على النقيض من التقنين القديم الذي كان يمعن في حماية الدائن . في فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضي الفوائد ذكرناها تفصيلا فيما تقدم (أنظر المواد ٢٢٩ و٢٣٠و٢٣٢و٥٤٤) .

ثم إنه قيد إلى مدي بعيد من حق الدائن في الاختصاص بعقار المدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لايجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . ولم يجز بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ فقرة ٢) . ولم يجز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوي الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وأجاز ، كما قدمنا ، لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على مايكفي لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) .

وفي نطاق الملكية ، قفز التقنين الجديد قفزة واسعة في جعل الملكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدي صرح بذلك في أحد

نصوصه ، فذكر فى المادة ١١٦٢ منه أن لمالك الشيء ما دام ملتزماً حدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة فى المشروع النهائي قصداً إلى حذف حكمها . بل لأنها ، كما جاء فى الأعمال التحضيرية (١) ، « أشكل بالإيضاحات الفقهية . وأن فى التطبيقات التى أوردها المشروع فى النصوص التالية مايغنى عنها » . وقد تضمنت النصوص التالية فعلا من القيود على حق الملكية مايجعل هذا الحق وظيفة اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وتكفلت المواد ٨٠٨ — ٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية ، فى الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية . بما يغل يد المالك فى استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعى متغلغلة فى الصميم من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمناه فى نظام الشيوع وكيف جعل التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبية الملاك حتى يخضع الأقلية لحكم التضامن (م ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وترى ذلك فى ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ، وفى ملكية الطبقات (م ٨٥٦ — ٨٦١) . وفى اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك .

وبعد . فهذا طرف من القيود التى يضعها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق الملكية . وتتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة فى سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية . وما هو فى هذا إلا مرآة لعصره ، تنعكس عليه صور التطورات العميقة التى مر بها القانون فى خلال قرن ونصف قرن ، منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ذى النزعة الفردية .

***

ويأبى التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة لمدنية الجيل الذى ظهر فيه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ و ص ١٥ و ص ١٦ .



من القانون المدني الجديد

* * *

الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية

فى التعريف بالالتزام

* * *

§ ١ — تحديد مركز نظرية الالتزام فى القانون المدنى

١ — **أقسام القانون المدنى** : ينقسم القانون المدنى — وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض — إلى قسمين رئيسين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .

فقواعد الأحوال الشخصية هى التى تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هى التى تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .

والمال فى نظر القانون يتكون من حقوق .

والحق فى المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عينى أو حق شخصى .

والحق الشخصى هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين .

٢ — **الحق العينى والحق الشخصى** : الحق العينى (droit réel) هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين . أما الحق الشخصى (droit personnel) فهو رابطة ما بين شخصين، دائن ومدين يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شىء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا زال التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى من أهم المسائل الرئيسية فى القانون المدنى . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء فى هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العينى من الحق الشخصى ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصى من الحق العينى .

٣ — تقريب الحق العيني من الحق الشخصي : أما الفريق الأول ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيرى أن الحق العينى هو كالحق الشخصي رابطة مابين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط مابين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال فى الحق العينى إنه رابطة مابين الشخص والشيء ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . فى هذا إذن يتفق الحق العينى مع الحق الشخصى . ويتفق معه أيضاً فى أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة: موضوع الحق والدائن والمدين. فحق الملكية مثلا موضوعه الشيء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتماثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان فى شيء غير جوهرى هو جانب المدين . فى الحق العينى يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العينى حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel). أما فى الحق الشخصى فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا مايقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز مابين الحق العينى والحق الشخصي من وراء جعل الحق العينى هو الذي يماثل الحق الشخصي. ولا جدال فى أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العينى رابطة مابين الشخص والشيء . فالرابطة لاتوجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا فى تعريف الحق العينى إنه « سلطة لشخص على شيء » ، ولم نقل إنه « رابطة مابين شخص وشيء » . وأما القول بأن الحق العينى هو حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لاتخفى عند التعمق فى النظر . إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلا على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولا ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العينى شيئا جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . فى كل حق شخصي يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء فى الحق العينى . وهذا فرق

جوهري مابين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها (١) .

٤ — **تقريب الحق الشخصي من الحق العيني** : وهناك الفريق الثاني وهو الذى يحاول هدم التميز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق العيني . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما فى أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لا باعتبار أنه رابطة مابين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا مايقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني . وهذا هو المذهب المادي فى الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلي .

ونحن لاننكر على المذهب المادي للالتزام انتشاره ومسايرته التطور القانوني الحديث . ولكننا مع ذلك لانراه يهدم التميز مابين الحق العيني والحق الشخصي . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون فى هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لاينفي أن هناك فرقاً جوهرياً مابين الحقين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن فى الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين .

---

(١) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك فى كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد المعطى خيال بك (فقرة ٥) فى هذا الصدد مايأتى: « إن التكليف باحترام الحق العينى وعدم الاعتداء عليه لايمكن بالبداهة أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لايتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يتقرر إذن بعد وجود الحق العينى ، بينما الالتزام الواقع على المدين فى الحق الشخصى جزء منه لايتصور وجود الحق من غيره» . (الدكتور حشمت أبو ستيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش رقم ١) .

٥ — **بقاء التمييز مابين الحقين قائماً**: يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً ومحتفظاً بأهميته. فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء، والحق الشخصي رابطة مابين شخصين. والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع، أما في الحق الشخصي فتحديد المدين. ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق.

٦ — **نتائج هذا التمييز**: وهذا التمييز مابين الحقين لايزال تمييزاً جوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني. وتترتب عليه نتيجتان هامتان:

١ — لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته.

٢ — وله أيضاً، إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن: أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشيء (droit de préférence)، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشيء (١).

§ ٢ — المذهبان الشخصي والمادي في الالتزام

٧ — **الرابطة القانونية ما بين الدائن والمدين**: تبين مما قدمناه أن الحق الشخصي، أي الالتزام، يقوم على رابطة قانونية مابين الدائن والمدين، ويسميها الرومان: juris vinculum.

---

(١) ويلاحظ في هذا الصدد أن التنازل عن الحق العيني يتم بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الحق. أما التنازل عن الحق الشخصي فكان في القانون المدني القديم لايتم إلا باتفاق الدائن والمدين تغليباً لناحية مايطوى عليه الحق من رابطة شخصية، ويتم الآن في القانون المدني الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تغليباً لناحية ما ينطوي عليه الحق من قيمة مالية.

ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم، أما الحق الشخصي فلا. والسبب في ذلك لايرجع إلى أن الحيازة، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي، فالحيازة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص٧ وهامش رقم١). ونرى أنه لايوجد سبب فني يمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم. ولكن لما كان ذلك لاتتحقق فائدته العملية إلا نادراً، فقد أغفلته الصياغة القانونية، وهي لم تغفل في الوقت ذاته ماظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (م٣٣٣ من القانون المدني الجديد).

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت فى أول أمرها سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني والحق الشخصي،فالأول سلطة تعطى للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطى للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تلطفت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بحبس المدين مثلا . ولم يصل الدائن إلي التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً للمة الدائن ، ويترتب ديناً فى ذمة المدين .

ولا زال الالتزام محتفظاً بهذين المظهرين إلي الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه . فمذهب يغلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني ، ومذهب يغلب الناحية المالية وهو المذهب الألماني الحديث .

٨ — المذهب الشخصي فى الالتزام : أما المذهب الشخصي (théorie subjective) فيري الأمر الجوهري فى الإلتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ماحل الأستاذ بلانيول على أن يزيد فى تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق فى تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (Savigny). فقد كان يري الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft)التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلي جزء من نشاط المدين ، فيترتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها ، فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام. فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام فى

نظر سافيني شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحالين .

٩ — المذهب المادي في الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهي مطبوعة بطابع القانون الروماني ، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتنسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام في وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم چيرك (Gierke)، وأبوا أن تستقر في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين چيرك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً ماديا العبرة فيه بقيمته المالية (١) . هذه هي النظرية المادية (théorie

(١) وساعد على ذيوع النظرية المادية في ألمانيا تحليل الحق الشخصي على اعتبار أنه حق على شيء (Jus ad rem) ، فاقترب بذلك من الحق العيني الذي هو حق في شيء (Jus in re) وقد أوغل الألمان في التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصي في النهاية خطوة نحو الحق العيني ، إذ يبقى حق الدائن شخصياً إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عينيا على ما تسلمه .

وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضا ألمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المديونية والمسئولية .

فالذمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهي مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، وتتميز لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لغرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر الذمة المالية التي هي شيء مادي ، فإنه يكسب منها هذه الصبغة .

ويميز الألمان بين المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung). فالمديونية واجب قانوني معين يقوم به شخص لآخر . فهي إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تتضمن المديونية عامل الإجبار على الوفاء ، إنما الإجبار هو المعنى الذي تتضمنه المسئولية . فالمدين قد يكون مدينا ومسئولا في وقت معاً فيجمع مابين المديونية والمسئولية، وفي هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك . =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا، فقد نشرها فى فرنسا نقلا عن المدرسة الألمانية سالي (Saleilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب فى فرنسا ولو أن المذهب لم يسد فى الفقه الفرنسي .

١٠ — النتائج العملية للمذهب المادى : وليس المذهب المادى مجرد مذهب نظري ، بل هو خصب فى نتائجه العملية. فإن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئاً مادياً يكون من شأنه أن يزيد فى سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية فى العصر الحاضر من تبسيط فى المعاملات وتيسير لها ، حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . ويبنى على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولا) لما كانت العبرة فى الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصى ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette). وهذا ما اعترفت به التقنينات المشبعة بالمذهب المادى ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسرى ، وعلى أثرهما سار التقنين المدني

= وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالتسلط على شخصه أو بالتسلط على ماله من طريق شخصه . وقد تنفصل المسئولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطبيعى فى القوانين اللاتينية) ، ويكون هناك شخص آخر هو المسئول فى شخصه (ويقرب من الكفيل بالنفس فى الشريعة الإسلامية) أو فى ماله عن طريق شخصه (ويقرب من الكفيل الشخصى) ، وقد تنحصر المسئولية فى المال ، فيصبح المال دون الشخص فى هذه الحالة هو المسئول (ويقرب من الكفيل العينى أو الحائز للعقار المرهون) . فالمسئولية تكون إذن على نوعين : ١) مسئولية شخصية تقع على شخص المسئول أو على ماله عن طريق شخصه. ٢) ومسئولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يتبين أن المسئولية العينية ، وهى أحد العنصرين الجوهريين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصبغة المادية (انظر Rudolf Huebner : A History of German Private Law) ترجمة إلى الإنجليزية الأستاذ (Philbrick) لندن سنة ١٩١٨ ص ٤٦٣ — ص ٤٨٩) .

الجديد ، وقد سار فى ذلك الشريعة الإسلامية وهى تعترف بحوالة الدين . أما التقنين المــدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعــترف إلا بحوالة الحق .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهرى فى الالتزام ، فن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه . فيستند الالتزام إلي المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول ، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيا بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى ، أمكن تصور التزام يقع عبئاً فى مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، فنى هذا الوقت فقط تظهر الضرورة فى أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه . ولا شك فى أن تحليل الالتزام على هـذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التى لا يمكن تفسيرها إذا تقيدنا بالمذهب الشخصي . ونذكر من هذه المسائل ما يأتي :

(١) *التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين* : هناك حالات عملية نرى فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد بجائزة من عثر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة ووجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام. فمثل هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ويستعصي على المذهب الشخصى الذى يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) *نظرية الاشتراط لمصلحة الغير* : إذا طبقت هذه النظرية فى حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام فى هـذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام مثل هذا إذا تقيدنا بالمذهب الشخصي . فلا يستطاع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادى .

(٣) **السند لحامله** : من يوقع هـذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السنـد . فهنا أيضاً نشأ الالـتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

١١ — **تقدير المذهبين الشخصى والمادى** : لا شك فى أن النظريـة المادية من شأنها أن تؤدى إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هـذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تـكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين — وهذا شيء نفسي — يؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذى تتسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام إنما هو هذا الذى يقوم عليه الفرق الجوهرى ما بين الحق الشخصى والحق العينى . فقد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء فى الحق الشخصى سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية فى الالتزام .

والتقنين المدني الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

§ ٣ — اختيار تعريف للالتزام

١٢ — تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي . فقد كانت المادتان ٩٠/١٤٤ من القانون المدني القديم تنصان على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه» . والقانون القديم كان يسمي الالتزام «تعهداً» . ولفظ «الالتزام» أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرضاً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا القانون على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل» . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلا منهما ينص على أن محل الالتزام هو عمل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء معين . ويزيد القانون الفرنسي أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء (donner)، أي نقل ملكية أوحق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

١٣ — التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني :

الجديد : وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، في المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي : «الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل» .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي (١) : «كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩ في الهامش .

روابط القانون ، ولا سيما أن هـذا هو التعريف التقليدى الذى ورد فى التقنين المصرى الحالي (م ٩٠ / ١٤٤) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون فى ذلك قطع برأي معين فى مسألة حظها من الخلاف فى الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصى ، مع أن الطابع المادى للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز فى التشريع الحديث . وقد آثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وهى بعد نزعة الشريعة الغراء فى تصويرها لفكرة الالتزام . وراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل فى التعريف إغفالا تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط مابين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملا تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التى يمكن أن تساق فى هذا الصدد . على أن الطابع الشخصى لم يهمل إهمالا تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور فى التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام » .

وقد رؤى حذف هـذا النص فى المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لاضرورة لتعريفه ، وتحرزاً من تأكيد الطابع المـادي للالتزام فى نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يطغي على الطابع الشخصى . فالتعريف الذي ورد فى المشروع التمهيدي أليق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع (١) .

١٤ — **التعريف الذى نختاره** : وفى رأينا أن خير تعريف للالتزام ، فى المرحلة التى وصل إليهـا من التطور فى الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولا) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩ فى الهامش .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .
وعندنا أن التعريف الذي يفي بهذا الغرض :
« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

§ ٤ — أهمية نظرية الالتزام

وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — *أهمية نظرية الالتزام* : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام ، بقي أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهي من القانون المدني ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد (Tarde) في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي . ويجد علماء القانون فيها مجالا فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهي بها النظريات الهندسية .

١٦ — *تطور النظرية* : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هي أصلح النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقي ، وأفسحها مجالا للتجريد والتعميم ، وأخصبها تربة لإثبات المبادىء العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ، فليس بصحيح ما زعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على الزمن ، تلقيناها عن الرومان كما هي دون تغيير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — *تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية* : فالنظريات الاشتراكية وما في منحاها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت في نظرية الالتزام تأثيراً

واضحا . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحم بالقواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق مالم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تبنى فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لاتترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تتسع في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضي به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقده يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

١٨ — تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية : كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ المذهب المادي للالتزام يبرز إلى جانب المذهب الشخصي كما قدمنا. وجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالا اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسئولية على الخطأ المفروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة. وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة،فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد.وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام هي تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفي التسعير الجبري للسلع والأجر .

١٩ — تأثر النظرية بالعوامل الأدبية : أما تأثير العوامل الأدبية فى نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التى تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق ، والمبدأ القاضي بأنه لايجوز الاتفاق على مايخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات مشبعةبالروح الأدبية ، وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدى العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهى التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلىأن المصادر غير التعاقديةللالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعدالأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العملالضار يستند إلى التزام بوجوب الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التى ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هى فى الواقع أوامر ونواه أدبية تقضى بوجوب العطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بذوى القربى والأرحام . فإذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لانكون مبالغين فى هذا القول ، ونكون قد دللنا فى الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيئان متلازمان .

٢٠ — ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذهالإلمامة العجلى بالالتزام نبدأ الكلام فى مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة فى ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها فى أبواب أربعة :

الباب الأول : فى العقد .

الباب الثاني : فى العمل غير المشروع .

الباب الثالث : فى الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : فى القانون .

مصـــادر الالتزام

مقدمة

فى ترتيب مصادر الالتزام

٢١ — **تعريف مصدر الالتزام** : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذى أنشأ الالتزام . فالتزام المشترى بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والتزام المتسبب فى ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع . والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص فى القانون .

٢٢ — **الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام** : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat)، وشبه العقد (quasi-contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi-délit) ، والقانون (loi) .

فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشترى على إنشاء التزامات ، منها ماهو فى جانب البائع كالالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض . ومنها ماهو فى جانب المشترى كالالتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختيارى مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل فى جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من القانون المدنى الفرنسي) . مثل ذلك الفضولى ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر فى العمل الذى بدأه وبأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختيارى المشروع الذى قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر فى جانب رب العمل ، فيلتزم هذا فى حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يرد ما أنفقه الفضولى من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ماعقده الفضولي من التزامات فى سبيل القيام بمهمته (أنظر المادة ١٣٧٥ من القانون المدنى الفرنسي) .

والجريمة هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا الإضرار بالغير ، كما إذا أتلف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام فى جانب فاعله بأن يعوض عن المال الذى أتلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها فى أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما فى الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً فى الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذى أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه فى حالات معينة ، كما فى التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقوامة إلى غير ذلك ، وكما فى التزامات الجار نحو جاره .

هذه هي مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا فى الترتيب الذى يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهرتهم على ترتيب معين .

وحتى نستوعب هذه المسألة الهامة نبحث أولا من أين أتى هذا الترتيب الذى قدمناه ، ثم نبين وجوه النقد فيه ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب ‥ يث لمصادر الالتزام .

§ ١ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٣ — القانون الرومانى : لم يرد هذا الترتيب فى القانون الرومانى فى عهده المدرسي ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة (delicta) وتنحصر فى جرائم محددة ، والعقد (contractus) ويشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التى لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهي مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الرومانى ترتيبها ، وأسماها «الأسباب المختلفة» (variae causarum figurae) .

هذا هو ترتيب القانون الرومانى لمصادر الالتزام فى عهده المدرسي . ولم يكن فيه شيء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جاييس Gaius ،

أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجامعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع (١). والذي كان جايس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالالتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن تجاوز حد الضرر الذي أحدثه العمل . والفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه في المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع في المعنى الثاني على الأثر . وكان جايس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جايس أيضاً أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعينة المعروفة(٢) ، ويقصد المعنى الذي قصد إليه في الأعمال غير المشروعة ، فهي التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن في مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هي التزامات كتلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى بشبه العقد ، فالأول توافق إرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه ، بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلا . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur).

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وغموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جايس نفسه ونقله عنه جستنيان (Justinien) شيء من الخلط بينهما .

على أنه يلاحظ أن كلا من جايس وجستنيان لم يستعمل لفظي «شبه العقد» و «شبه الجريمة» اللذين استعملهما بوتييه (Pothier) والقانون الفرنسي من بعده . وقد أخذ هذان اللفظان مدلولا آخر غير الذي كان يعنيه جايس من اللفظين المقابلين لهما في ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلي .

---

(١) فألحق بالجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والغش والتهديد ، أعمالا أخرى غير مشروعة ، كإخلال القاضي بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل ، فصيب الغير بالضرر .

(٢) فألحق بالعقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والقرض والعارية والمقايضة والقسمة ، أعمالا ووقائع أخرى مشروعة كعمل الفضولي ودفع غير المستحق وحالة الجوار ومركز الشخص في أسرته فيما يترتب على هذه الوقائع من التزامات .

٢٤ — **القانون الفرنسي القديم** : أما ترتيب مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى القديم فتاريخه تحوير مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الرومانى (quasi ex delicto) و (quasi ex contractu) أن انقلب فأصبح (ex quasi delicto) و (ex quasi contractu) . ولكن المعنى فى أول الأمر لم يتغير واقتصر التحوير على اللفظ، وإن كان «شبه العقد» اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامة والميراث .

وفى عهد أصحاب الحواشى (glossateurs) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (variae causarum figurae) . فاستبقى « المحشون » المصادر الأربعة التى عرفت عند جاييس وجستنيان ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التى جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى ينسبوا إليها الالتزامات التى لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما فى دعوى الاسترداد بسبب السرقة (condictio furtiva)

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقى التى اشتهرت بها على بحث الأساس الذى بنيت عليه الالتزامات الناشئة من « ملحق العقد » . وكان رأى بارتول (Bartole) أن ملحق العقد هذا ليس مبنيا على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هي الخطوة الأولى فى تقريب « ملحق العقد » من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذى قصد إليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح «ملحق العقد» يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذى يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانفرجت مسافة الخلف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى « ملحق العقد» هو العمل المشروع الذى ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هي أن تنتفى عنه صفة العقد . أما الآن «فالملحق بالعقد » هو عمل مشروع يقرب من العقد فى أن كلا منهما ليس عملا مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبنى على إرادة : حقيقية فى العقد ومفترضة فى ملحق العقد . ومن ثم لصقت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا « شبه عقد » .

ثم أتي بوتييه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ — قانون نابليون : وانتقل الترتيب الذى أتى به بوتييه إلى قانون نابليون على علاته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هي المصادر ذاتها التى قال بها بوتييه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدنى الفرنسي فى أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يعرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحهم .

§ ٢ . نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٦ — نقد الأستاذ بلانيول[1] : يرى الأستاذ بلانيول (Planiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها ، لا أهمية له ، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث مايترتب عليه من الأثر . فشبه الجريمة ينشيء التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملا فى الحالتين .

أما شبه العقد فهو فى نظر الأستاذ بلانيول تعبير مضلل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدى يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد فى أنه عمل إرادي ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة فى أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادي ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادى ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشيء من شبه العقد ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة — بله توافق الإرادتين — فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لايشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها فى المتعاقد لأن التزامه لاينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا فى شبه العقد قد

---

(١) أنظر مقاله فى المجلة الانتقادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ ومابعدها . وانظر أيضاً مختصره فى القانون المدنى جزء ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

تصادف عملا إرادياً فى مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام فى ذمة صاحب الأرض بأن يرد ماأثرى به على حساب صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادى ليس هو الذى خلق الالتزام ، وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذى لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذى فوجىء بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع ، فيظهر هذا إذا تعمقنا فى تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشىء الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذى دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متلمسين إياه متصلا بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب فى الحالتين المتقدمتين وفى الحالات الأخرى المماثلة يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه . فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع .

ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما يزعمون .

٢٧ — رأى الأستاذ بلانيول فى ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون . ذلك أن الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالتزامات قانونية . ففى شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائى هو رد ما أثرى به . وفى الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، بخطأه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يضر الغير بخطأه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو تعويض الضرر الذى أحدثه .

والذي يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالالتزامات القانونية درءاً لضرر قد يقع في المستقبل ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحالت إلي تعويض ، على الوجه الذى نراه فى الالتزامات التعاقدية عندما تستحيل هي أيضاً إلي تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل التزام غير تعاقدى يكون التزاماً قانونياً ، إما فى صورته الأصلية ، وإما فى صورة استحال فيها إلي تعويض . وهو فى الصورة الأولي يراد به درء ضرر قد يقع ، وفى الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

٢٨ — تقدير رأى الأستاذ بلانيول فى ترتيب مصادر الالتزام :

هذا هو الرأى الذى يقدمه الأستاذ بلانيول فى ترتيب مصادر الالتزام . وهو رأي خلاب ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظه من الابتداع أقل مما يظهر لأول وهلة. فقدسبقه توليه (Toulier) (١) إلي نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام نقداً جدياً ، وبين فى وضوح وجلاء : (أولا) أن مصادر الالتزام لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون. (ثانياً) أن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من المدين أو الدائن . (ثالثاً) أن مايسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة هي عدم مشروعية الإثراء علي حساب الغير ، وأن المشرع كما ألزم من يأتي بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذى يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من يثرى بعمل مشروع علي حساب غيره أن يرد إلي هذا الغير ما أثرى به علي حسابه ، وهذا تقابل منطقى عادل .

ولكن بلانيول كان مبتدعا عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية

---

(١) توليه ١١ فقرة ٢ ، وما بعدها . ولعل توليه هو أول من نقد الترتيب الذى أتى به قانون نابليون نقداً جدياً ، ويحس القارىء فى كتابته الدقة والتعمق عند معالجته هذا الموضوع. وقد أنصف بلانيول توليه حين ذكر عنه ما يأتى : «... إن هاتين الصفحتين من كتابه ، وهما صادرتان عن تفكير قوى وتعبير متين ، لم يلفتا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندرى كيف أن ديمولومب ، وهو الذى استعان كثيراً بكتاب توليه فى هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإننا إذا لم نقرأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبسه منه ديمولومب لا نحزر أن توليه قد أتى بهذه الآثار العميقة النتيجة» . (بلانيول ٢ فقرة ٨١١ هامش رقم ١) .

والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا التزامات قانونية استحالت إلي تعويض مالي . وكان مبتدعا كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلي فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

علي أنه بالرغم من روعة ما فى هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه مايلقى كثيراً من الضوء علي ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقدم خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلي التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين مصدر نشوئها.

هذا هو بوجه إجمالي موضع الضعف فى نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها مايأتي :

(أولا) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر (١). وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلا من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول فى تأكيده بأن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لايخلو من الوجاهة . ذلك أن المثرى على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه فى أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا إليه فى نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير . فيبقى العمل فى ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلا كبيراً فى توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على

---

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات فإننا نقصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تتولد من وقائع قانونية ، شأنها فى ذلك شأن الالتزامات التى تتولد من العقد ومن العمل غير المشروع ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تتولد عن هذه الوقائع إلا فى حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

أثر الحملة التي قام بها ، على نقد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، ننتقل الآن إليه .

§ ٣ — الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ — القانون المدني القديم : نص القانون المدني القديم في المادتين ١٤٧/٩٣ على أن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون» . وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذي أتي به القانون الفرنسي . فقد تجنب أكثر وجوه النقد التي توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة ، ولم يجعل مايسمي « بشبه العقد » مصدراً للالتزام ، بل جمع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد وأسماه «فعلا» (fait) ، وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل مايمكن أن يوجه للقانون المصرى القديم من النقد أنه لم يبين ما ينطوى تحت كلمة «الفعل» من معان . فالفعل إما أن يكون من شأنه أن يفقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن يغني المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا يتكشف عن « الفعل » مصدران لامصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

٣٠ — التقنينات الحديثة والفقه الحديث : وإذا رجعنا إلى التقنينات الحديثة ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين الإيطالي الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ماتوخته من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال في شيء من التعميم إن المصادر التي أقرتها هذه التقنينات خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

ويشترك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم في مصدرين هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان في « العمل غير المشروع » . وشبه

العقد فى الترتيب القديم يقابله الإثراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .

وهذا الترتيب هو الذى أخذ به أكثر الفقهاء فى الفقه الحديث (١) .

٣١ – التقنين المدنى الجديد : ويلاحظ أن التقنينات الحديثة لا تورد فى نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخماسي الذى تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب يستخلص من التبويب الذى اتخذته هذه التقنينات. وعلى هذا النحو جرى التقنين المدني الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً يقر فيه أى ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة فى فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد فى هذا الصدد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي :

«والواقع أن حدث التقنينات ، ولا سيا ما كان منها جرماني النزعة ، لا يورد فى النصوص تقسيما للمصادر. بل إن المشروع الفرنسي الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية ، انتهي إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ، ونعي على التقسيم الذى اتبعه التقنين الفرنسي قصوره وفساده ومجانبته للمعقول . وقد برر

(١) ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى بك (أنظر كتابه فى أصول الالتزامات ص ٣٦ – ص ٤٠) إلى أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن القائلين بالترتيب الثنائى. فعنده أن الالتزام العقدى يتحلل إلى التزامين مستقلين لكل منهما مصدر خاص : الدين ومصدره الإرادة، وإجبار المدين على الوفاء ومصدره القانون. وهذا الالتزام الثانى هو المسئولية العقدية . وهو يذهب إلى أن المسئولية العقدية ، كغيرها من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون يقضى بالمسئولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بتعهده ، وإذا أضر الإنسان بغيره ، وإذا أثرى على حساب غيره ، وإذا تدخل فى شؤون غيره ...

ولا نطيل القول فى نقد هذا التقسيم فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجتزىء بالاشارة إلى أن عيبه الجوهرى فى رأينا هو أن المؤلف يذهب إلى أن مصدر المسئولية العقدية يختلف عن مصدر الدين العقدى . والصحيح أن المسئولية العقدية والدين العقدى لهما مصدر واحد هو الإرادة. ذلك أن المدين فى العقد إنما أراد أن يرتب فى ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لدائنه حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتى بعد ذلك يقر هذه الإرادة فى شقيها ، شق المديونية وشق المسئولية . فلا محل مطلقاً للتمييز ما بين المديونية والمسئولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يميزون ما بين المديونية والمسئولية فى الالتزام العقدى ولكنهم لا يجعلون أحدهما يختلف فى مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للدفاع عن هذا التقسيم .

واضعو المشروع الفرنسي الإيطالى إعراضهم عن كل تقسيم ونبذهم للأحكام الحالية الواردة فى المادة ١٣٧٠ من التقنين المدنى الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالى بأن التقسيم الذى اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا : «والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدى أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المعقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهاد الفقه فى الإبداع والتصور» . وقد رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الفرنسي الإيطالى وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالى الذى اتبعه التقنين الفرنسي العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمي فى النصوص . وعلى هذا النحو قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد فى ردها إلى أقسام جامعة شاملة فى نص خاص . فعمد ، نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة (١) ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ؛ وانتهى بالالتزامات التى تنشأ مباشرة من نص القانون (٢) » .

٣٢ — أساس علمى لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق

بوجه عام : تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

وهذا الترتيب تغلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمي الذى يرتكز عليه . فلا يكفى أن نقول إن هذه هي مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية .

---

(١) وسنرى أن الإرادة المنفردة ، إذا كان المشروع التمهيدى قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كالعقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، إلا أنها فى المشروع النهائى ، ثم فى التقنين الجديد ، لم تصبح مصدراً للالتزام إلا فى حالات خاصة يعينها نص فى القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التى مصدرها الإرادة المنفردة فى القانون الجديد إنما هى التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر بمقتضى نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التى تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣ هامش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقي ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذى ينشيء الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تنشيء الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة — دائرة الحقوق الشخصية — بل هي تتناول أيضاً الحقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلي قانون الأسرة ، بل هي تحلق فى سماء القانون ، وتنشيء كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذى ينشيء علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا فى العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير فى الوقت الذي تجمد فيه كل حركة . فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل فى هذه العلاقات . هذه الحركة التى وقعت نسميها « بالواقعة » . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » (fait juridique) . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لاترجع لإرادة الإنسان ، بل هي من عمل الطبيعة . وقد تؤثر فى العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعفي المدين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام فى عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصي عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم .

والوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً فى الروابط القانونية الموجودة أو لايريد ذلك . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويجاملهم ، وهو لايريد عادة من وراء هذا أن يؤثر فى علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلي شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لايملكه أصبح مسئولا عن تعويض المالك . وإذا مشي دون حيطة فأتلف شيئاً وجب عليه أن يعوض عما أتلف . وإذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سباً أو قذفاً يجعله مسئولا . وإذا جامل

الغير فقام ببعض شؤونهم فقد يجد نفسه ملزماً بإتمام مابدأ به ويكون دائناً لهذا الغير بمقدار ماكلفه العمل . ويلاحظ أنه فى الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التى تترتب عليها فى بعض الفروض ، ولكنه فى أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ماليس بأعمال مادية ، بل هى أعمال إرادية . ونريد بالعمل الإرادى هنا عمل الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمي أعمالا قانونية (actes juridiques) تمييزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها مايرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بجائزة (الجعالة) ، ويسمي بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ومنها مايرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (acte juridique bilatéral, contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هى مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels) أو اختيارية (faits volontaires) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالا مادية (actes matériels) أوأعمالا قانونية (actes juridiques) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة منجانب واحد (actes unilatéraux) أوصادرة من الجانبين (actes bilatéraux, contrats). والقانون من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذى يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

ويلاحظ فى هذا الترتيب أننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

٣٣ — تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية : المعروف أن أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

فإذا رتبنا هذه الأسباب على النحو الذى قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية

وهي الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتقادم . ومنها الأعمال المادية ، وهي الاستيلاء والالتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهي الوصية وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد (١) .

---

(١) وهذا الترتيب الذى توخيناه تظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق العينية :

(الأولى) أنه يفسر بعض المسائل الغامضة . فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عينى أو هى شىء غير ذلك . كما يتناقشون فى طبيعة الحيازة وهل هى حق عينى . ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عينى أو حق شخصى ، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر الحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عينى أو حق شخصى بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضاً مصدر الحقوق ، حق عينى أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لايجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم .

والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يتملكها . وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة فى التملك ، حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشىء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون للشخص حق عينى فى الشىء . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضاً فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشترى الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يتملك ، أو كما يقول القرافى فى الفروق «من انعقد له سبب المطالبة بالملك» ويفرق بين هذا وبين «من ملك أن يملك» (الفروق للقرافى المطبعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ — ص ٣١ — النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته فقرة ٣٢٢ ص ٢٦٥ ومابعدها) .

والقائلون بانتقال الشفعة إلى الورثة يعنون بذلك أن الحق فى التملك بسبب الشفعة — وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل — ينتقل بالميراث ، ونظير ذلك أن ينتقل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلا منه ، وسنرى أن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة وأن الإيجاب يسقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبسا نشأ من عدم الدقة فى تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فقد جرت الفقهاء على أن تعرف العمل المادى بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التى تترتب عليها ، أما العمل القانونى فواقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف تساءلنا أين إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ نضعهما طبقاً للتعريف المتقدم فى الأعمال القانونية لأن القائم بهما يقصد مايترتب عليهما من النتائج . ولكن =

٣٤ — تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام : ونطبق هذا الترتيب العلمي على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي . لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادي الضار . والقسم الثاني أعمال مشروعة تغني المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادي النافع .

= القول بهذا يخالف المعقول، فمن غير الممكن التسليم بأن الاستيلاء والحيازة من الأعمال القانونية ، لذلك يخرجهما بعض الفقهاء من دائرة هذه الأعمال بتعليلات مشكوك في وجاهتها (أنظر ديموج ١ ص ١٢ — ص ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والحيازة أعمال مادية . لذلك وجب أن يصحح تعريف العمل المادي والعمل القانوني . فالأول هو عمل مادي يقع من الإنسان باختياره ، سواء أراد النتيجة القانونية التي تترتب عليه أو لم يرد . فالعمل الضار هو عمل مادي اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادي اختياري يريد صاحبه هذه النتائج ، والالتصاق والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التي قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريدها . أما العمل القانوني فليس بعمل مادي ، بل هو إرادة محضة تتجه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالذي يميز إذن بين العمل المادي والعمل القانوني ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا تقصد نتيجته القانونية، والثاني تقصد منه هذه النتيجة، ولكن المميز بين العملين هو أن الأول مادي والثاني غير مادي أو هو مجرد إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني .

على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانوني ، كانت مركبة (complexe) . مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانوني . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادي بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية ، وهي عنصر مادي ، بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال ، وهي عنصر إرادي ، ولكن العنصر المادي هنا هو الغالب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء ، وهو عنصر مادي ، بالاتفاق على انقضاء الدين ، وهو عنصر إرادي ، ولكن العنصر الإرادي هو الغالب .

والأعمال القانونية إما. أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة .

ومن ذلك نرى أن العقد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هي التي تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

LE CONTRAT.

تمهيـــد

٣٥ — مسائل ثلاث : نمهد الكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

*

§ ١ — تعريف العقد

٣٦ — الاتفاق والعقد . يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد .

فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشيء التزامات في جانب كل من البائع والمشترى . والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لالتزام أو ناقلا له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القانون المدني الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتييه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشيء التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ — لا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد : ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد . ونتفق فى هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهي تختلف فى العقد عنها فى الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي فى عقود التبرع مثلا غيرها فى عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف فى أحدهما عنها فى الآخر .

وكان المشروع التمهيدى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها » . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإيطالى فى المادة الأولى منه . وقد قصد من إيراد هذا التعريف فى المشروع نفى كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (١) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف فى المشروع النهائى فإن هذا الحذف لا يعنى عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجاراة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (٢) .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

٣٨ — وجوب الاتفاق على إحداث أثر قانونى : والمهم فى العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانونى المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملابسات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة ، فى نطاق المجاملات الاجتماعية ، فيقبل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيريه ٢ ص ١٠ فى الهامش .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش وص ٩ فى الهامش .

المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسئولية فى جانب من أخل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله فى جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للنزيل ، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل فى حصاد زرعه ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه فى سيارته ، فلا تنطوى هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذى تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلتزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذى يعمل مع أبيه فى صناعته ، والزوجة التى تعين زوجها فى تجارته ، والأب الذى يعد ابنه بجائزة إذا نجح فى الامتحان ، لا يقصد أى منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها فى تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

٣٩ — *تحديد منطقة العقد* : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً فى نطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع فى نطاق القانون العام : الدولى والدستورى والإدارى .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبنى فى الشرائع التى تجيزه اتفاق بين الوالد المتبنى والولد المتبنى . ولكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن

وقعت فى نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق فى نطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوى فى ذلك العقود التى يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التى يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التى توفق مابين مصالح متعارضة وتلك التى تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التى تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعقود التى تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة ، والعقود التى تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (contrats collectifs) ، من منطقة العقد . ولكن هذا الرأى لم يسد فى القانون المدنى .

٥٠ — **المذهباد الشخصى والمادى فى العقد** : سبق أن أشرنا إلى مذهبين فى الالتزام ، أحدهما شخصي ينظر إلي الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان نراهما أيضاً فى العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التى تذهب مذهباً شخصياً فى العقد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التى يكتانها فى الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

أما القوانين الجرمانية فتأخذ فى كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها ، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة فى ثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذى يجب الوقوف عنده ، ما دام العقد ينشيء روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التى تنطوى عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعبأ القانون بها وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع ببيان أوفى فيما يلى .

٤ ٢ - مبدأ سلطان الارادة

(Autonomie de la Volonté)

٤١ - **عرض عام للمبدأ** : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، ولخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشي مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعني به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادىء الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يمعنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة .

فنحن نتبع فى بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقرى بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر فى نصابه المعقول . ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملا فى التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق فى أية مرحلة منها على النحو الذى يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نعنى أن هناك تطوراً فى منحي التفكير الاجتماعي نقسمه إلى مراحل توخياً للإيضاح فى بسط هذه الآراء. ونحن فى ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢ — **كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة:** لم يعترف القانون الروماني فى أى عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقى الذى من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب . فالعقد الشكلى كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية مالبثت أن تطورت وتعقدت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة فى المعاملات . واقترن هذا كله بتقدم فى التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة فى العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة فى دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك فى بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoriens) والعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الروماني لم يقرر فى أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة فى العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التى تخلق العقد بقدر اختلف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات .

وبقى العقد اللفظي (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذى يصبون فيه ماتبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما فى العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية فى أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثانى عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها فى تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ — **تأثير المبادىء الدينية وقانون الكنيسة** : فكان المتعاقد إذا اقسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه فى شكل مخصوص ، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدنى حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (actio ex nudo pacto) أمام المحاكم الكنسية .

٢ — **إحياء القانون الرومانى والتأثر به** : ونحن نعلم أن القانون الرومانى كان قد وصل فى تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة . وتوسعوا فى تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الرومانى يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة فى القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء فى القانون الرومانى .

٣ — **العوامل الاقتصادية** : بعد أن زاد النشاط التجارى وقويت حركة التعامل اقتضي الأمر إزالة مايعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية فى القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لاتميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ — **العوامل السياسية** : وكان ذلك بطريق التدرج فى بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً فى الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ فى حماية العقود التى تتم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ،

وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً فى الفطرية والسذاجة .

وماجاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقرراً . وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ماانتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها فى القرن الثامن عشر ، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما فى الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام الفزيوقراطيون (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً فى نشاطهم الاقتصادى وفتحت أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمي يمليه المشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التى يجب أن تسيطر فى الميدان الاقتصادى ، وأن العقود لا تخضع فى تكوينها وفى الآثار التى تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين. وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو (Rousseau) فى كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social) ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذى يدور عليه تفكير ذلك العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى المشرعين فى أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان فى احترام إرادته .

٤٣ — **مدى ماوصل إليه مبدأ سلطان الإرادة** : استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشي فيه المنطق القانونى أصبح يشتمل على أصلين : (أولا) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لاتقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

فالإرادة الحرة هي التى تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية فى العقد . فالمتعاقدان لايلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لايكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة فى قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا فى العهد الأخير . فالعقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسنرى ذلك عند الكلام فى الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض فى ترتيبها أن الملتزم ارتضاها فى ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية فى مظهرها الملموس المادى . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة . والميراث مبنى على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجبارى ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة : فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لامبرر لمشروعيتها إلا فى الإرادة : فالمجرم الذى خرج على المجتمع قد ارتضي مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون ماهو إلا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشرى ذاته ، أليست دعامته هذا العقد الاجتماعي الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذى يترتب علي الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً فى ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزامه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين مادام قد ارتضي هذا الغبن . والعامل الذى يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التى ارتضاها جائرة . وليس المهم فى العقد أن يكون هناك تعادل بين الشيئين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل فى الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولايكون الأمر غير ذلك إلا فى حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً فى السن أو فى العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما فى غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل فى إرادته : فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم

به . أما مايقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف فى استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لاينبغي أن تغرق فى التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعنى بشيء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملا فى تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .

والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لايجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ماليس منه .

٤٤ — **انتقاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ)** : إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التى أدت إلى انتشار روح الفردية فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها فى وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادى ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تفنيد النتائج التى وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق فى نواح ووهم فى نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لاتستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لايتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرهما فى المعاملات والثقة التى يولدها التعاقد فى نفوس المتعاقدين ، وهي التى تستند إليها قوة الإلزام فى العقود . وقد لايتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فاتحادهما حكما يكفى مادام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة فى هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لاتحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة

الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسمي بشبه العقد لايشبه العقد فى شيء من حيث استناده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضي إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد النقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفى الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة ، ومطاوعة لأسباب الاستقرار ، وسير فى طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التى يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأى هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك ؛ بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة ؛ بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية فى التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة فى ملكية الأموال . أرأيت لو كان المورث طفلا أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين فى مركز قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين فى ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضي توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة ، وإلا فأى مجرم رأى فى العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع فى مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

٤٥ — وضع الأمور فى نصابها — إلى أى حد تسيطر الإرادة على العقود : تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً فى كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت

سبباً فى مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان فى إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة فى رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالا لوضع الأمور فى نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبينا أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التى تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لامجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذى ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التى تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع. وكذلك بقية روابط الأسرة لاشأن للارادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهي فى الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها فى الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لاتستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذى يتولى فى الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة فى الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهي التى ترتب آثارها . ومع ذلك لانريد أن نبالغ فى أهمية الإرادة حتى فى الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لايمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها فى الأهمية كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول فى هذا الميدان أوسع ماتكون خطي وأبعد ماتكون مدى . ولكن حتى فى هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة فى ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد — حتى فى داخل هذه القيود — يضعف أثرها فى بعض العقود التى تضع نظماً ثابتة للطوائف والجماعات ، كما فى الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها

الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعتد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها . وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs) ، كعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail) ، وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية . كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدرجاً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود . ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لاتزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي . وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية الغير حسن النية . وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هي الحدود التي رسمها القانون في الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة . فهو يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره في دائرة معقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

٣ — تقسيم العقود

٤٦ — تقسيمات مختلفة : ذكر القانون المدني الفرنسي بعض تقسيمات للعقود في غير استقصاء . والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع . لذلك لم يعرض له القانون المدني المصري ، لا القديم ولا الجديد (١) . كذلك لم تعرض له التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني والتقنين السويسري .

ويمكن تقسيم العقد عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجهات مختلفة .

فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد تعمد المشروع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها من شأن الفقه . ولذلك رؤى من الأحوط أن تهمل في النصوص التشريعية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش) .

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمي (contrat nommé) أو عقداً غير مسمي (contrat innommé) . وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte) .

وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synallagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral). وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit) .

وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire) . وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif) .

١ — العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى

٤٧ — العقد الرضائى : هو مايكفى فى انعقاده تراضي المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالتراضى وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود فى القانون الحديث رضائية ، كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طفرة ، بل تطور إليها تدرجاً .

ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط فى إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فما دام يكفى فى وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائى ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للاثبات (ad probatinum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً فى العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ — العقد الشكلى : هو مالايتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر مايكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق فى القانون الحديث إلا عدد قليل

من العقود الشكلية ، الغرض من استبقاء شكليتها هو فى الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر مايقدمون عليه من تعاقد ، كما فى الهبة والرهن (١) .

---

(١) وقد يكون العقد رضائياً فى أصله فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكليا ، أى أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائى ، أن يكون التعاقد النهائى بالكتابة ، أو بمقتضى شرط فى عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فتكون الكتابة فى مثل هذه الحالات ركنا شكليا لا يتم العمل القانونى إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكون العمل القانونى . وإذا قام شك فى تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركن شكلى أوهى الطريق للاثبات ، فالقضاء فى مصر وفرنسا يلتمس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين ، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان المفروض أن المتعاقدين اشترطا الكتابة للاثبات لا للانعقاد لأن الأصل فى العقود أن تكون رضائية . أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢١فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — ولكن القضاء المصرى لم يستقر على هذا المبدأ وسيجىء ذلك فيما يلى — أنظر أيضا فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يونية سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — وحكم آخر فى ١٤ مايو سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تعليق فاليرى Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة يرجح أن تكون الكتابة للانعقاد لا للاثبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شرطا خاصا لم يشترطه القانون ، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذى يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه » . وقد جرى المشروع فى ذلك على نهج كثير من التقنينات الحديثة (القانون الألمانى م ١٢٥ وم ١٥٤ فقرة ٢ — قانون الالتزامات السويسرى م ١٦ — القانون البولونى م ١٠٩) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدى أم كان بمقتضى شرط معين فى عقد أصلى — كما هو الشأن فى اشتراط الكتابة فى التنبيه بالإخلاء فى عقود الإيجار — فيفرض أن نيتهما قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هى دلالة القرينة التى تقيمها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يعدو مجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التقنين الألمانى تعليقات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصرى إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأى بشأن دلالة الاتفاق عند الشك ، فهل يستتبع إغفال الشكل فى هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مفروطا لتهيئة طريق للاثبات فحسب ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز لمستأجر أن يتمسك بحصول الاتفاق بين المتعاقدين ليتأدى من ذلك إلى المطالبة =

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية فى القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلى . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة فى أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، فى أنها لاتكفى وحدها فى تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهى ليست بكافية ، بل لابد أن تقترن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هى التى يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هى التى تكوّن العقد ، لذلك كان لايجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية . فالشكل إذن كان هو العقد لا الإرادة (١) .

= بالسمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائى إلى وقت التوقيع على عقد يحرره محاموهما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذى اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت فى قضية أخرى بأن العقود الرضائية تتم بمجرد التراضى ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمى مع النص صراحة على انصراف نيتهما إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ويلوح أن المحكمة قد جنحت فى هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذى اختاره المشروع فى المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتردد القضاء فى هذا الصدد » . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى عندما تليت فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستغناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص فى المشروع النهائى (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ — ص ٧٤ فى الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتردد القضاء على ما تقول المذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل فى العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للاثبات لا للانعقاد . والراجح فى القضاء المصرى والفرنسى يؤيد هذا الرأى كما قدمنا . .

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلى يكون التوكيل فى عمله شكليا أيضا (م ٧٠٠ من القانون المدنى الجديد) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلى يكون شكليا (م ١٠١ فقرة ٢) ، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلها . ويستوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلى من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :

« ١ — إذا فرض القانون شكلا معينا لعقد من العقود، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . =

٤٩ — العقد العينى : هو عقد لايتم بمجرد التراضي ، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد فى القانون المدنى الجديد

= ٢٥ — إذا قرر القانون للعقد شكلا معينا ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يقضى التقنين الألمانى (المادة ١٢٥) والتقنين السويسرى (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البرازيلى (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود الشكل الذى يفرضه القانون له يستتبع البطلان أصلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد آثر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفا مذهب التقنين البولونى (المادة ١١٠) فى هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلا خاصا وأطلق الحكم بغير تعقيب . فمن الطبيعى أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطا لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لتهيئة طريق الإثبات فحسب ، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلا إذا لم يستوف فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . ويلاحظ أن معنى التعديل يتحقق فى الشروط التى تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا فى الشروط التفصيلية أو التكميلية التى لا تنطوى على مثل هذا التعارض . فالاتفاق على ترميم منزل بيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطا تفصيليا لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (فيك وموزلا : تعليقات على تقنين الالتزامات السويسرى ج ١ المادة ١٢ نبذة ٤ و ٥)... وقد ذهب القضاء المصرى إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . » وعندما تليت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، رأت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استناداً إلى أنه فى الحالة التى يصرح فيها المشرع بالمهمة التى يريدها للشكل الذى قرره للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفى الحالة التى لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضى دون الأخذ بقرينة أخرى .(أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٤ فى الهامش) .

وهنا أيضا كان من الخير إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء فى تفسير نية المشرع فى مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذى يفرضه القانون يكون عند الشك للانعقاد لا للاثبات . ومادام النص قد حذف ، وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة فى التفسير . وعندنا أنه إذا غم الأمر ولم يتبين القاضى — بعد أن يستنفد وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للاثبات ، فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد لا للاثبات . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل فى الشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان — إن الأصل فى العقد أن يكون رضائيا . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نسلم فى يسر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه =

مثل العقد العينى إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكليا إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من القانون المدنى الجديد). ولكن ليس هناك مايمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لايتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه . فى عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح فى هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن العينية هنا مصدرها الاتفاق لا القانون .

أما القانون المدنى القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسي ، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة . وكلا القانونين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الرومانى دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة فى القانون الرومانى حيث كانت العقود فى الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى بعض العقود ، وهذه هي العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضي ، كقاعدة عامة ، كافياً لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لأحلال التسليم محل الشكل . وقد قلت بعض التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبق القانون الألمانى منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسرى إلا رهن الحيازة وحده .

٢ — العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ — **العقد المسمى** : هو ماخصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس فى تعاملهم . والعقود المسماة فى القانون الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإما أن

= كامل فى أن يختار الشكل الذى يريد ، ومتى فرض شكلا ، ولم يقم دليل على أنه مقرر للاثبات ، فالمفروض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والتكميلية التى لا تتعارض مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التى تدخل على العقد المكتوب تعديلا فتشترط الكتابة فيها ، فمثلها أن يتفق البائع والمشترى بعد كتابة عقد البيع على إنقاص الثمن أو على زيادته .

تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال . وإما أن تقع على العمل وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمي ، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود .

٥١ — العقد غير المسمى : هو مالم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود ، شأنه في ذلك شأن العقد المسمي . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشير إلى ذلك ، فينص في المادة ١٢٣ على ما يأتي : «١ — تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ — أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية» . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة في تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود فحسب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وغني عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء» . وعندما تليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع النهائي هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش) .

هذا وقد كان للعقود غير المسماة في القانون الروماني شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بعقود محصورة العدد ، بعضها رضائي ، وبعضها عيني ، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي العقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ — عقود يقوم فيها =

وتتفاوت التقنينات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه . وقد كان القانون المدني القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضب اقتضابا مخلا تنظيم عقود المقاولة والعمل والحراسة . فعالج القانون الجديد هذه الأمور . ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كعقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد النزول في الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن ينفق على هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في إثبات الإرث (contrat de révélation de succession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يعجل له مبلغاً معيناً وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة (١) .

= الطرف الأول بنقل حق عيني فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des) ، مثل ذلك المقايضة . ٢ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض . ٣ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias)، مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شيء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) . ٤ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة .

(١) أنظر والتون ١ ص٩٨ — ص١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العقد الذي يتعهد به شخص لأحد مجالس المديريات قطعة أرض نظير تعهد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٥ ص٢٣٢) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة ، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها =

٣ — العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ — **العقد البسيط** : هو ما اقتصر علي عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمي كالبيع والإيجار ، كما يكون عقدا غير مسمي كالعقد الذى توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ — **العقد المختلط** : هو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحدا . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة .

وليس هناك من أهمية كبيرة فى امتزاج عدة عقود فى عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود لمختلفة التى يشتمل عليها . علي أنه قد يكون من المفيد فى بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التى تطبق علي كل عقد من العقود التى يتكون منها . فى هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، كما فى عقد التليفون، وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فغلب القضاء المصرى فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التى رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التليفونية (١) ، وكما فى العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع فى شأنه وجعله بيعاً .

= مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا مقايضة ، وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد فى عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذى حدا بصاحب الأرض إلى تمليك المجلس إياها ، فهى لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص٣٦١ .

٤ — العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ — **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذى ينشيء التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل أن يلتزم المشترى بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم مابين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ — **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذى لاينشيء التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عيناً ، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لايتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بارادة واحدة ويكون التعبير بلفظ « جانب واحد » (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لاتكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانونى يلحظ فيه تكوين العمل القانونى لاأثره .

٥٦ — **أهمية هذا التقسيم** : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشيء التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدى إلى نتائج هامة لانراها فى العقد الملزم لجانب واحد حيث لاوجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج مايأتى :

(١) فى العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ مافى ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا مايسمي عادة بالشرط الفاسخ الضمنى (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوم فى كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدنى الجديد) أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه

هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت فى ذمة الطرف الأول (١) .

---

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية وعقد رهن الحيازة ، فى القانون المدنى الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية فى القانون القديم كما أسلفنا الذكر . فالتسليم لم يعد ركناً فى هذه العقود ، بل هو التزام فى ذمة المعير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عينية فى القانون القديم ، كانت فى رأينا ملزمة للجانبين (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المعير والراهن كان — ولا يزال — ملتزماً بترك العين فى يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذى ينتهى فيه العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفى عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقترض بدفع الفوائد المشترطة . فإذا أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض. وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون فى حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين فى تسمية الفسخ فى هذه العقود بالإسقاط (déchéance) ، بل تبقى الفسخ على طبيعته ، وتقصره على العقود الملزمة للجانبين ، ونجعله فى الوقت ذاته ينطبق على العقود التى نحن بصددها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الفسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم فى هذه العقود الثلاثة التزاماً لا ركناً . وذلك لأن كلا من المقرض والمعير والراهن إذا فسخ العقد فى حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشىء إلى نهاية العقد .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأى (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٥٥ — ص٦٦ والدكتور عبد المنعم خيال هامش فقرة ٥٢) . وتتحصل اعتراضاتهم فيما يأتى :

١) أن وصف الواجب السلبى المفروض على المعير بترك المستعير ينتفع بالعين المعارة ، وعلى الراهن بترك المرتهن يستغل العين المرهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على الكافة أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلبى المفروض على المعير وعلى الراهن يختلف اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلبى المفروض على الكافة . فإن الكافة لا تربطهم علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، فواجبهم السلبى فى احترام حقهما هو ذات واجبهم السلبى فى احترام أى حق آخر . أما المعير والراهن فقد ربطتهما علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، والتزما نحوهما التزاماً شخصياً بعدم استرداد العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامهما الشخصى بعدم استرداد العين وواجبهما السلبى فى احترام أى حق آخر لا تربطهما بصاحبه علاقة شخصية . =

(٢) فى العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . فإذا طولب بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من القانون المدنى الجديد) . وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق فى ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) فى العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (risque) يكون على المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ فى أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ ، وينقضي معه الالتزام المقابل له ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعة هذه الاستحالة . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فإن الذى يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضي التزامه بسبب استحالة تنفيذه : ولا يعوض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئاً لأنه لم يتعلق فى ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذى تحمل التبعة .

= ب) أن تسليم العين المعقود عليها يتضمن فى الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شيء واحد ، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لما لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، نراه واضحاً فى عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألا فرق بين العارية والإيجار إلا فى الأجرة ، وها نحن نرى المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة ويترك المستأجر ينتفع بها إلى نهاية الإيجار (فى القانون القديم) . فلماذا لا يلتزم المعير بتسليم العين المعارة ويترك المستعير ينتفع بها إلى نهاية العارية !

ج) إذا أمكن تصور الفسخ فى هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترضان أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية العقد ، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

(٤) فى العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية فى السبب ، وذلك للتقابل القائم مابين الالتزامين . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

٥٧ — العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagmatique imparfait): وكان القانون الرومانى يعرف نوعا من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم فى الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التى أنفقت فى حفظ الشيء من الهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد. وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك فى جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع فى حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب فى حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً فى القانون الرومانى لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التى كانت تعتبر فى هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية فى تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (de droit strict). فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية فى التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة فى القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود — سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد — يجب أن يتوافر فى تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة فى أن تتسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

٥ — عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ — **عقد المعاوضة** : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن فى مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشترى لأنه يأخذ المبيع فى مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد فى مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة إلى المقترض لأنه يأخذ الشيء لأجل فى مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول ، لأنه أخذ كفالة فى مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ — **عقد التبرع** : هو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير فى مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير فى مقابل الانتفاع بالشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذى قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز فى عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقود التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله

لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك تحوط المشرع فاشترط فى الهبة شكلا خاصاً .

٦٠ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع — تفضلا كان أو هبة — وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها مايأتى :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والعارية — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتتدرج من الضعف إلى القوة طبقا لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط فى الشخص يؤثر فى عقود التبرع . وهو لايؤثر فى عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما فى الشركة والمزارعة .

(٣) يجوز الطعن فى عقود التبرع بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن فى هذا التصرف ولولم يثبت سوء نية الموهوب له . أما فى عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

٦ — العقد المحدد والعقد الاحتمالى

٦١ — العقد المحدد : هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى ، حتى لوكان القدران غير متعادلين . فبيع شىء معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أولايعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن ممكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ — العقد الاحتمالى : هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالى ، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى لا يستطيع أن يعرف فى ذلك الوقت القدر الذى أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشترى أيضا كالبائع يباشر عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذى أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى وهو الثمن الذى لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة (١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى محدد واحتمالى لا يكون إلا فى عقود المعاوضة ، وليس فى عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالى له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه أمران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (aléa) فى المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود فى الواقع ، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً ، فالعقد باطل ، كما إذا باع شخص منزلا بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالى هو الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهى لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشترى يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٣١ رقم ١٣٥ ص٣٦٥) .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة فى العقود الاحتمالية ، لأن الأساس الذى بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالى يتحمله أحد المتعاقدين(١) .

٧ — العقد الفورى والعقد الزمنى(٢)

٦٤ — العقد الفورى : هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .

فبيع شيء يسلم فى الحال بثمن يدفع فى الحال عقد فورى ، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم فى الحال ، فهو عقد فورى التنفيذ .

وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا دخل له فى تحديد الثمن(٣) . فالبيع بثمن مؤجل، عند ما يعين وقت تنفيذه ، يكون فورى التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذى يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلا إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية فى العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد فى هذه الحالة فورى التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عند ما يعين وقت التنفيذ لكل جزء منه .

وقد يكون الأجل الذى يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما فى الأمثلة

---

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون اللبنانى ، وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للابطال بسبب الغبن . ويمكن حل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة فى جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أى تعادل مع هذا الاحتمال فى جانب المتعاقد الآخر .

(٢) رجعنا فى هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبد الحى حجازى ، عنوانها « نظرية عقد المدة — العقد المستمر والدورى التنفيذ » . القاهرة سنة ١٩٥٠ . وقد آثرنا أن نسمى « العقد الزمنى » ما سماه الدكتور عبد الحى حجازى « عقد المدة » . ولا يزال العقد الزمنى فى مستهل تطوره الفقهى . ومن الخير أن يترك للفقه حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للاشارة إليه فى أماكن أخرى متفرقة .

(٣) وإذا كان قد روعى فى الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التى أجل فيها ، فإن الزمن فى هذه الحالة لا يتدخل إلا فى تحديد الفوائد ، وهى فى العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما فى الفوائد ذاتها ، فالزمن عنصر جوهرى .

المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به المحل المعقود عليه ، فيكون العقد فى هذه الحالة فورى التنفيذ . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن — وهو أجل إجبارى — لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجبارى هنا كالأجل الاختيارى هناك ، كلاهما عنصر عرضى لا يقاس به المعقود عليه . ويكون عقد الاستصناع فى المثل الذى قدمناه فورى التنفيذ عند ما يحين وقت تنفيذه ، أى بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفورى يتحدد محله مستقلا عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه . ذلك أن محل العقد الفورى — أرضاً كان أو بناء أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك — إنما يمتد فى المكان لا فى الزمان ، أى أن له جرماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكانى لا بمقياس زمانى ، أو هو — كما يقول الدكتور عبد الحي حجازى فى رسالته المعروفة — حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمي بالعقد الفورى ، ولم يسم بالعقد المكانى ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي فى إثبات المكان له ، بل فى نفي الزمان عنه .

٦٥ — *العقد الزمنى* : هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته ، أى إلى الشيء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة .

ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك

عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا — وهو الشيء المعين الذي اتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعلاه يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعقود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذى تنفيذ مستمر (contrat à exé - cution continue) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذى تنفيذ دورى (contrat à exécution périodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٦٦ — **أهمية هذا التقسيم** : ترجع خصائص العقد الزمنى إلى فكرة جوهرية هي أن المعقود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمنى حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحال ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذى نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفورى فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمنى والعقد الفورى نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) الفسخ في العقد الفورى ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمنى فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفورى ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف. أما العقد الزمنى فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كمه وزوال جزء منه ، إذ تمحي آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت. بل قد يترتب على وقف العقد الفورى انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها.

(٣) العقد الزمنى تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاماً ، لا فى الوجود فحسب بل أيضاً فى التنفيذ ، فما تم منها فى جانب يتم ما يقابله فى الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التى انتفع فيها . أما فى العقد الفورى فإن التقابل إذا كان تاماً فى الوجود فهو غير تام فى التنفيذ . ففي عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود ، فليس من الضرورى أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشترى أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أكثر الأحوال . أما فى العقد الزمنى فالإعذار ليس بضرورى إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمنى ، لأن ماتأخر فيه لايمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة ترتجي من الإعذار .

(٥) العقد الزمنى لايمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر مايمتد يكون تغير الظروف محتملا ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا (١) .

---

(١) وهناك تقسيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتى (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان متعارضتان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تجاوزهما إلى غيرهما. مثل ذلك عقد البيع ترى فيه تعارضاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تلبث أن تزول فى أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى . أما الاتفاق المنظم فعلى النقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منظماً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين فى الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائن ومدين ، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذى يسمون إليه من وراء إشتراكهم . ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء يماثل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى فى عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء فحسب ، بل هو أيضاً يسرى على الغير الذى يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجامع للعمل (contrat collectif du travail) وهو يرمى إلى تنظيم القواعد التى تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل =

٦٧ — ترتيب البحث فى العقد : الآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام فى العقد ، ننتقل إلى البحث فيه . ونرتب البحث على النحو الذى سار عليه القانون المدنى الجديد ، فنتناول فى فصول ثلاثة :

١ — أركان العقد .

٢ — آثار العقد .

٣ — انحلال العقد .

= ورب العمل ، فينظم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك فى العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يتعدى أثرها إلى غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة . والوكالة وهى عقد ذاتى يتعدى أثرها هى أيضاً إلى الغير الذى يتعامل مع الوكيل . والشركاء فى عقد الشركة ، التى هى اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم تدرك السبب فى أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتى واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ ديجيه فى الفقه الإدارى ، لم يسد فى الفقه المدنى .

الفصل الأول

أركان العقد

٦٨ — حصر أركان العقد: العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فالعقد إذن ركنان : التراضى والسبب (١) .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه الشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

١ — التراضى .
٢ — المحل .
٣ — السبب
٤ — البطلان .

الفرع الأول

التراضى

٦٩ — وجود التراضى وصحته : يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفى لوجود العقد ، فإنه لايكفى

---

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . فنى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

لصحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن :

١ — وجود التراضي .
٢ — صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٧٠ — التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .(١)» .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ١٣٥ منه على الوجه الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعا معينة لانعقاد العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قطع المشروع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكا وسطا بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول .

ولما تلى النص الذي نحن بصدده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ، فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعا معينة لانعقاد العقد» . وقد أصبح مفهوما بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يغني عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنص الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد التلاوة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ — ص ١٣) .

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين (١) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ — أركان الإرادة (أو العمل القانوني) : والإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، اذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ — اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني : ويعنينا هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في المجاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

---

(١) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران : فيصدر الإيجاب أولا ، ثم يليه القبول مطابقا له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠) .

كذلك لايعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المطلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركا ماهية العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا يد من إرادة حقة منه لقيام هـذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً مرضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هـذا الموضوع حذفا في المشروع النهائي . فكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « يكون التعبير عن الإرادة باطلا إذا صـدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو وهو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتيا ، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبعت فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائما ، كما هو الشأن في الغيبوبة والسكر والتنويم المغناطيسي (أنظر التقنين الألماني تعليقات ١ ص ١٠٣) . ويفرق القانون الانجليزي بين التصرفات التي تنعقد بإرادة منفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سببا لبطلان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون في الحرص على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ — وولنستون ١ ص ١١١) » . ولما تليت المـادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلا عن ذلك ، سنداً قويا في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعتد اعتدادا بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالما بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يعد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إيثار المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٣٢) » . ولما تليت المادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقترح حذفها « لأن فيها إمعانا في الدقة لا حاجة لنا به » ، فوافقت اللجنة على ذلك

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ — ص ٣٠ في الهامش) .

٧٣ — كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه وبتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العربون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعربون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ — تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فنتكلم : (أولا) فى التعبير الصادر من الأصيل ، و(ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد .

§ ١ — التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ — الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى ينعقد به العزم على شىء معين (١) .

---

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليها عمل تنفيذى . فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلى ذلك مرحلة التدبر (délibération) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى إمضاء العزيمة فى هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هى الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهى مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هى عمل خارجى ، أما المراحل الثلاث الأولى فهى مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هى الإرادة المقصودة .

وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شىء سابق ، ولا تلتبس بالتنفيذ ، وهو شىء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة فى علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى —

وما دامت الإرادة عملا نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ — التعبير الصريح والتعبير الضمنى : نصت المادة ٩٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود » .

« ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً (١) » .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة — وهو مظهرها الخارجى وعنصرها المادى المحسوس — يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً .

= وهو بطبيعته عمل معقد، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل فى مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان ، كقطرة تسقط فى مجرى ، فتمتزج بالماء ، تؤثر فيه ، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادى ، فيستخلص أسباباً للاقدام على العمل وأخرى للاحجام عنه ، فإن العمل النفسى أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هى التى تتولى البت فى الأمر وتكون حكماً لا تعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبر ، فهى ليست مستقلة عنهما ، وما هى إلا امتداد طبيعى لما أودع فى الإنسان من تفكير وتمييز وتبصر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدى (م ١٢٤) على الوجه الآتى : « ١ — يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يجوز ذلك أيضا باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكا فيما يشتمل عليه هذا التعبير . ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تليت المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأى فى جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤ وص ١٥ — ص ١٩) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى اتخذه — كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك — مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدى اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلا كانت أو صورة . وبديهى أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شيء

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على النص الآتي (م١٣٤ من المشروع) : ١ — يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا . ٢ — أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض » . فاقترح حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش) .

(٢) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سيجىء (قارن حكما لمحكمة النقض — الدائرة المدنية — فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استخلصت المحكمة قبول المنذر إليه قبولا ضمنيا من سكوته عن الرد على ما تضمنه الإنذار) .

ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود ببيعها (١) ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهنا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكالمستأجر يبقى فى العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدير ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه(٢) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ، فى شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة فى كثير من الفروض ، ولكن الكتابة فى هذه

---

(١) أما إذا استأجر العين من الواعد فهنا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشمل العين الموعود بيعها (نقض مدنى ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ ص ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجابا ضمنيا بالهبة من أن المورث فتح حسابا خاصا فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه ، وقالت فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن للمورث قد فتح حسابا خاصا فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك ، فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه مايدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لاتفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح» . (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أى التعبير الذى يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبير الضمنى هو التعبير غير المباشر — أى التعبير الذى لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقاً محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف فى التعبير هو التعبير المباشر ، والأسلوب غير المألوف فى التعبير هو التعبير غير المباشر . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : «ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل إن لم يكن معدوما . فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس فى الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شىء فقد آثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى ، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥) .

الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمنى . وهى أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحةأنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشترى ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترطصراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلى نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجارمن الباطن (أنظرم ٥٩٧)(١). وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلا خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفى هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا فى الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (٢) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى كان معمولا به قضاء دون نص فى ظل القانون القديم (٣) .

---

(١) وقد لايصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلا اتفاقا خاصا (أنظر م ٣٠٩ وم٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لاتفترض (أنظر م ٢٧٩ وم ٣٥٤ وم ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون تفسير الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفى جميع هذه الأحوال لايشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيطة والتشدد فى استخلاص التعبير الضمنى .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٨ فى الهامش .

(٣) وقد جرى القضاء المصرى على الاعتداد بالتعبير الضمنى عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ — وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلكا معيناً أو ضربا من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحا عن الإرادة (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

٧٧ — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة[*] **— تمهيد:** إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الإثنتان متطابقتين. أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيـــان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال — فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها. ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها. تأخذ بالإرادة الظاهرة. ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية. فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ؛ والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية(subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ؛ وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

٧٨ — نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس. أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس. فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك. وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة .

(*) بعض المراجع الرئيسية : سالى في الإعلان عن الإرادة — بنكاز تكملة بودرى جزء ٢ — ديموج في الالتزامات جزء أول — بلانيول وريبير وإسمان جزء أول — ديرية (Deroux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضا مقالا له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ — مقال الأستاذ ميان (Moynial) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ — ص ٥٧٣ — مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيليوم دي بيزان (Guillaume de Bezin) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإداري الفرنسي في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٣ ص٥٤٣ — ص٥٨٦ — نظرية العقد للمؤلف ص١٥٠ ومابعدها — أصول الالتزامات للدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص٨٢ وما بعدها — نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص٧٠ وما بعدها .

ولكنها – حقيقية أو مفترضة – هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

٧٩ — نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكمنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي . فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها ، وهو ما يستطاع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية(١) .

---

(١) وقد تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة . وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل شخص طرقاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في العقد طبعة تاسعة ص ٥ — ص ٦ — وولستن في العقد جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الشريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعاني أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلا عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، وقد يكون مجرد السكوت فى أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسى ، بل تبرز إلى العالم المادى فى علامة ظاهرة ، هى التى نقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها — دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلية — ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصلى للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره دليلا على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لايقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته (١) .

= وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم فى رأينا استمساكا باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثا جدهن جد وهزلهن جد ، أى أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حتما على الإرادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والعتاق (التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٢ — ص ٧٨٩) .

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يغفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحدث أثرها القانونى (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لايقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحدث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لايصح أن تؤخذ مظهراً ماديا يعتد به فى التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجى لتحدث أثرها القانونى (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المشروع التمهيدى وقد مر ذكرهما . وانظر فى هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص ١٣٢ — سالى فى إعلان الإرادة ص ٢ — رسالة الدكتور الشيتى المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، =

٨٠ — **موقف القانون الجديد :** وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم فى أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد فى الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار فى التعامل . على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألمانى فى اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألمانى قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

٨١ — **متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره :** والتعبير عن الإرادة ـ سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة — لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدنى الجديد ، فهى تنص على ما يأتى : «ينتج

= بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ — رسالة الدكتور الشيتى المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهى لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقلما يستطاع إثبات ذلك . وفى الأحوال القليلة التى يمكن فيها تقديم هـذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجى الخاطىء دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق فى التعويض ، على أساس المسئولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهـذا المظهر حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخليـة فيما تجنه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً فى ذلك إلى العرف الجارى وإلى المألوف فى التعامل . (٢) إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى — وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى تفسير العقد .

التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (١) ». ولا نظير لهذا النص فى القانون المدنى القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجود أفعلياً ووجودموجوداً قانونياً . فالتعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه ولايكون له وجود قانونى إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة فى التعبير بوجوده القانونى لأن هذا الوجود وحده هو الذى تترتب عليه الآثار

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدى (م ١٢٥) على الوجه الآتى : « ١ — ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو فى الوقت الذى وصل إليه فيه . ٢ — إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، فى الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو فى الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر وصول العدول فى وقت غير متأخر » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثانى من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكما تفصيليا لا يحسن أن يقرر بنص تشريعى ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقى من المادة ، واستقر الرأى على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمراً متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً ، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، والطرف الذى وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذى يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة فى صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائى) كما يأتى : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ — ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن القانون المدنى السورى الجديد الذى صدر بعد القانون المدنى المصرى الجديد بزمن قليل — وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذى عين لنفاذ القانون المصرى نفسه — سار على نهج القانون المصرى فى الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروق النادرة ما بين القانونين أن القانون السورى لم ينقل عن القانون المصرى نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين يتم فى المكان الذى صدر فيه القبول (م ٩٨ من القانون السورى) لا فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول (م ٩٧ من القانون المصرى) . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى التعاقد ما بين الغائبين .

القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلا فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الاخر الذى يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه ، وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول . ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذى أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذى لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتى الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزما فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا مثلا ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم التى سنراها فى التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شىء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله، وهو الذى يحمل عبء الإثبات(١) .

(١) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى (وهى المقابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى بيناه فى المتن . فهى قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجوداً وجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يتمشى مع المشروع التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) . وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى صدد المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى : « تتناول هذه المادة تعيين الوقت الذى —

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع فى أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء فى القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام فى التعاقد بين الغائبين .

٨٢ — الموت وفقد الأهلية - أثرهما فى التعبير عن الإرادة :

وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلى من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلى يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلى ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا بفقده لأهليته . وفى هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التى تبقى كامنة فى نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذ اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانونى بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهى تنص على ما يأتى : «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من

= يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملا قانونياً قائماً لا يتأثر وجوده بوفاة من صدر منه أو بفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تفريعاً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا فى الوقت الذى يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ — ص ٢٠).

ولما كان المشروع النهائى ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، بحذف المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدى ، كان من الواجب أن يدخل تعديل فى الاعتبارات التى من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط فى المتن .

ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل(١) » .

وقد كان القضاء المصرى فى ظل القانون القديم يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة(٢) . ويرجع هذا فى رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة فى النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك فى أن حكم القانون الجديد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذى استقر فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء فى تقريرها ما يأتى : « اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى : « ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع فى هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارىء هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة رأت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح » . وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ — ص ٣٤) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ — محكمة طنطا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ — وكانت المادتان ٥٠/٧٢ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ فى عقد الهبة فتنصان على ما يأتى : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

ويبدو أن القانون السورى الجديد — وقد سبقت الإشارة إليه — اختار مذهب القانون المدنى القديم ، فلم ينقل عن القانون المدنى الجديد نص المادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده لأهليته .

فى هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتى يوضح ذلك : شخص فى مصر كتب لآخر فى فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد فى هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم فى ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذى يتفق مع استقرار التعامل ، فإن الموجب لا مأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شئونه على هذا الاعتبار (١) .

ويجب على ورثة القابل فى هذه الحالة (وعلى القيم فى حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه فى الحدود التى تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم (٢) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم فى المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب — وبان هذا القصد فى إيجابه صراحة أو ضمناً — أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل(٣) .

---

(١) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، لأمكن القول أيضاً بتمام العقد فى الفرض الآتى : شخص فى مصر كتب لآخر فى فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

والسبب فى أن الصفقة لا تتم فى هذا الفرض إذا لم نعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره . وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً فى هذا المشروع .

(٢) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعى . فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩)، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) .

(٣) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى (وهى التى تقابل المادة ٩٢ من القانون الجديد) على الأساس الذى سارت عليه فى المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير للموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزما ، فورد =

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول فى هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (١) .

= فى هذا الصدد ما يأتى : «يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية لزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه» .

وهذا التعليل إذا صلح فى قانون يعتبر الإيجاب ملزما بوجه عام كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، فهو لا يصلح تعليلا فى قانون لا يعتبر الإيجاب ملزما إلا فى حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد فى تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزما ، إذ قالت : «ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازما ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير» . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع فى الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية بعد وصول التعبير ، وذلك فى الحالات التى لا يكون فيها الإيجاب ملزما .

(أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١) .

(١) وكان المشروع التمهيدى (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائى عدل النص على الوجه الذى رأيناه فى القانون الجديد كما أسلفنا القول.

وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضى بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان ٥١/٧٣ من هذا القانون تنصان على أنه «يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول ، وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه» . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل فى القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائى إذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويترتب على الجمع بينهما ما يأتى : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائما ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضا إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقى قبوله قائماً ، ومتى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

§ ٢ — النيابة فى التعاقد (*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ — *تمهيد* : التعبير الصادر من النائب ـ من حيث إنه تعبير عن الإرادة — يخضع لجميع القواعد التى أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته، كل ذلك على التفصيل الذى قدمناه . وهو — من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل — يقتضينا الكلام فى نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو(١) .

(*) بعض المراجع الرئيسية : ديموج فى الالتزامات ١ ص ٨٩ — ص ١٥٥ — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٥٤ — ص ٦٧ — بيلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ — أودينو (Audinot) فى النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — كوربسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — بولاند (Roland) رسالة من ليبج سنة ١٩٢٧ — بوبسكو رامنسيانو (Popesco Ramniceano) رسالة فى النيابة فى القانون المقارن سنة ١٩٢٧ — كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها — الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى الجزء الأول ص ٢٠١ — ص ٢٤٢ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٠٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٧٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو فى القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولاً ، فإن الأمر لم يكن كذلك فى القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصى على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفى حدود معينة .

كان القانون الرومانى يعترف من قديم بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن فى جعله دائناً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنيابتهما فى جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ولكن فى حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائناً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر فى عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل. ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل، مالم يكن النائب وكيلا بحكم القانون كالوصى والقيم ، فقد كان يعطى دفعاً لدعوى الغير ، وفى =

والنيابة — بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها — تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق ، كما فى الولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا فى عقد الوكالة(١) .

والفكرة الجديدة التى اهتدى إليها الفقه الحديث فى موضوع النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ،

= هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى للوكل دعوى قبل الغير ، أى أن يصبح الشخص دائناً بوكيل ، فهذا ما لم يتم فى القانون الرومانى إلا فى حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقى الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدى بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (أنظر جيرار ص٦٧٨ ، ص٦٩٠ — وانظر فى القانون الفرنسى القديم بريسو (Brissaud) ص١٤٤٢ وما بعدها) .

وفى الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم . والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص٣٣ — ص٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما فى الولى ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء . وتكون قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى ، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما فى الوكيل ، فإن العقد هو الذى يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى يضفى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثانى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين حذفا من المشروع النهائى لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٠٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : «يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» . وكانت المادة ١٠٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «١ — النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ — يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة» . (أنظر فى هذا وفى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩٠ — ص٩١) .

وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون فى هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو (١). والخصوصية فى التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته

---

(١) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصيل ، كان رسولا فى حدود هذه التعليمات ونائباً فى خارج هذه الحدود (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) .

ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففى الأولى تشترك إرادة الأصيل والنائب فى إمضاء العقد ، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتهما فى إمضاء العقد . أما فى النيابة القانونية فالعقد ينعقد بإرادة النائب وحده ، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصيل (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص٧٩ — ٨٠ — وانظر فى النظريات المختلفة التى تقول باشتراك إرادتى النائب والأصيل فى إبرام العقد ديموج ١ ص١٤٧ — ١٥٠) .

وانظر أيضاً فى النظريات المختلفة فى طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريق الافتراض القانونى (fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولا كما يقول سافينى ، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول ميتيس (Mitteis) ، إلى رسالة حديثة فى النيابة والدور الذى تقوم به فى إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة ١٩٤٩ ص١٤٧ — ص١٦٥ . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصيل ، هى التى تحدد نطاق الالتزام (contenu do l'obligation) ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهى إرادة الأصيل فى النيابة الاتفاقية والقانون ذاته فى النيابة القانونية (أنظر الرسالة المتقدمة الذكر ص١٦٧ — ص١٧٨) . وانظر فى رأى للأستاذ بولانجيه (Boulanger) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصيل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو القضاء فإرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل ، إلى المقدمة التى وضعها الأستاذ بولانجيه للرسالة المذكورة .

ويشير الدكتور كلاريز فى رسالته (ص١٣٧ — ص١٤٠ وص٢٢٣) إلى جواز أن تكون النيابة فى عمل مادى (fait matériel) لا فى عمل قانونى (acte juridique) ، ويضرب مثلا لذلك نيابة التابع عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه الثانى ، فالمتبوع فى هذه الحالة يكون مسئولا عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا فى الأعمال القانونية فحسب بل وفى الأعمال المادية (أنظر فى هذا المعنى شيرونى (Chironi) فى المسئولية اللاعقدية جزء أول فقرة ١٠٦ ومابعدها — مازو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة فى الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة فى المصلحة كنيابة الولى عن الصغير ، أو نيابة فى العمل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولى عن رب العمل إذا كان العمل الذى قام به الفضولى عملا مادياً .

هو أن هذا التعبير ينتج أثره لا فى شخص صاحبه كما هو الحال فى كل تعبير عن الإرادة ، بل فى شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد فتحل إرادته محل إرادتيهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفردها بالذكر .

فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ — شروط تحقق النيابة

٨٤ — حصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولا) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول — حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ — النائب والرسول : تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messager). وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . فى الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التى تلحق هذه الإرادة . أما فى الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر فى عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ — **العبرة بإرادة النائب وبنيته** : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفى لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب فى غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلا للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك فى صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران فى صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثرا فى صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك فى الأحوال التى يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائنى هذا المدين الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية . أما إذا كان النائب سىء النية وتواطأ مع المدين المعسر ، فللدائنين الطعن فى التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية .

وقد ينظر فى بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل . فإذا وكل شخص آخر فى شراء شىء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز فى هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر فى اعتبار نية الأصيل كاف فى تعيين الدور الذى يقوم به كل من الأصيل والنائب فى إبرام العقد . فالأصل أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب فى هذه الحالة يكون بمثابة الرسول(١) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص فى المادة ١٠٤ على ما يأتى :

---

(١) قارن ديموج ١ فقرة ١٤٧ — فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ — ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ — ص ٩٤ .

«١ — إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً .»

«٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها (١)».

ولم يكن فى القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقه فى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب فى الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح فى بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة فى المشروع النهائى تحت رقم ١٠٧ بالنص الآتى : « ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها» . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه فى تقريرها ما يأتى : «عدلت العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى فأستعيض عن التعبير « بوجوب العلم بها» بالتعبير « بافتراض العلم بها حتما» ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلا يتمشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى» . وأصبح رقم المادة ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ليست الأحكام الواردة فى هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة فى النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التى تلحق إرادة النائب أثرها فى التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين معسر تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ» .
(أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ — ص ٩٤) .

مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام(١) .

٨٧ — أما الأهلية فينظر فيها للأصيل: ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره فى شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد (٢) .

وإذا كانت الأهلية تشترط فى الأصيل ، فهى لا تشترط فى النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهليةالتصرف (٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٤) .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون فى هذا النوع من النيابة

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٧٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٦١ . والعبرة فى توافر الأهلية فى الأصيل بالوقت الذى يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل ، وكان أهلا له وقت مباشرة الوكيل التعاقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلا عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل ببطلان العقد ، ويصح أن ينقلب إلى فضولى إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد توافر الأهلية فى الأصيل دون النائب ، ما يأتى : «وعلى نقيض ما تقدم يعتد فى الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلا للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة فى الصورة الأخيرة وكالة ، فما دام النائب غير أهل لعقدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلا للبطلان» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩٢) .

هو الذى أضفى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل . فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً — مميزاً أو غير مميز — كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا فى الوصاية والقوامة .

الشرط الثانى — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ — مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند (١).

---

(١) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يخول الغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه» . وبقى هذا النص فى المشروع النهائى وفى المشروع الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، «إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ، فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما أن لهذه المادة مقابلا فى القانون الحالى وهى المادة ٥١٨ مدنى — وكانت المادتان ٥١٨/٦٣٤ من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل — ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة فى معاملته ، فقد يكتفى بسند عرفى ، وقد يصر على طلب سند رسمى ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فالمرجع فى هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير» . وجاء فى تقرير اللجنة : «حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، فى القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها» . ووافق =

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه (١) » . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل . و(النص الثانى) ورد فى عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتى : « ١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق

= مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ — ص ٩٧) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتى : «فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة . وقد روعى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد معه النائب يجهل هو أيضا أن النيابة قد انقضت » . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة « ينصرف إلى الأصيل » بعبارة « يضاف إلى الأصيل » ، وأصبح رقم المادة ١١٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذى استقرت عليه فى القانون حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة — هذا ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل . فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقده ملزما للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٤) .

على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة (١) » .

٨٩ — *إقرار الأصيل لهذه المجاوزة* : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذى قام به أثره فى حق الأصيل فى إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم فى حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (٢).

الشرط الثالث — تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ — *الاسم المستعار أو المسخر* (prête-nom) : ولا يكفى أن يكون النائب معبراً عن إرادته فى حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائناً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما .

---

(١) ويلاحظ أنه فى الفرضين الأولين — النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة فى يد النائب — ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون نفاذ عمل النائب فى حقه بمثابة التعويض . أما فى الفرضين الأخيرين — جهل النائب والغير لانقضاء النيابة والظروف التى يغلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل — فنفاذ عمل النائب فى حق الأصيل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

(٢) فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة فى هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل — بناء على إرادته — نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هى معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل فى حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . و قد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدنى الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتى : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب »(١) .

٩١ — التعاقد باسم الأصيل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه فى محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها .

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذى يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فلا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة « إلا إذا كان يستفاد من الظروف » بعبارة « إلا إذا كان من المفروض حتماً » ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩٨ — ص١٠١) .

وانظر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٢ و ٣ من قانون الالتزامات السويسرى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى حكماً عاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفضولى ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

فى شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل فى الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

ب — آثار النيابة

٩٢ — العلاقة فيما بين النائب والغير: النائب يعمل باسم الأصيل كما كما قدمنا ، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التى أنشأها العقد، إلا إذا ثبتت له النيابة فى تنفيذ العقد كما ثبتت له فى إبرامه . كذلك لا يقوم فى ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر فى أداء مهمته صار مسئولا عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذى تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ — العلاقة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذى أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ — العلاقة فيما بين الأصيل والغير . تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هى الخطوة التى وقف دونها القانون الرومانى. وهى الخصيصة المميزة للنيابة فى القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة فى تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدنى الجديد على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل». (١)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ — إذا أبرم النائب عقداً فى حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٢ — ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة =

فيكسب الأصيل الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل .

ج — تعاقد الشخص مع نفسه *

٩٥ — **نظرة عامة** : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلا عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع فى الحالتين طرفى العقد فى شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هى إرادة ذلك الشخص

= للأصل تحمل توقيعه » . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية وأصبح رقمها ١٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التى تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ — ص ٩٧) .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفاً فى التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ — ص ٩٦) .

* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ — فقرة ٧٤ — ديموج ١ فقرة ٤ — فقرة ٨٨ — جوجيه فى تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٣٠ — موريل فى الوكيل بالعمولة كطرف آخر فى العقد ، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ — فالميارسكو فى تعاقد الشخص مع نفسه (مقال فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) — الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى م ١٨١ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٢ — فيفوروتو فى العقد فى المشروع الفرنسى الإيطالى وفى القانون المقارن ص ٥٠٤ — ص ٥٢٤ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٢٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ١٢٢ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩٧ وما بعدها .

وقد حلت محل إرادتين(١) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحته في فروض معينة ، والشرائع التي أباحته حرمته في ظروف استثنتها ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

٩٦ — تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلا عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن

---

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلا عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثراً (ديموج ١ فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (أنظر رأياً آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي يتمشى فيه مع رأيه الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية ، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية في مؤلفه «أصول الالتزامات» ص ١٢٤ — ص ١٢٥) .

هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره. فالخطر متحقق فى الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر فى الحالة الثانية إلا فى بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا فى هذه الحالات الاستثنائية(١).

٩٧ — **تعاقد الشخص مع نفسه فى القانون الجديد:** أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا فى بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .» (٢)

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء فى ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لنفسه (٣) ،

---

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٣١ — ص ٢٣٦ .

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٦١ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظى بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلا لنص المادة ١٠٨ ، وقدمته تحت رقم ١١١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحتج بالعقد على الأصيل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يغنى عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوى تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فإما أن يكون الشخص وكيلا عن اثنين فيكون هناك تضارب فى المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلا عن نفسه ووكيلا عن غيره فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هى تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ — ص ١٠٨) .

وانظر فى هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

(٣) وهذا التطبيق الهام وردت فيه نصوص صريحة فى القانون الجديد . فقد نصت المادة ٤٧٩ على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه=

أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفى العقد كما لو كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لشخص وكله فى الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده فى مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض فى الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو فى الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين (١).

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه فى القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأى وقررناه فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا أناب عنه غيره فى التعاقد فهو لا يقصد التوسع فى هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلا أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض فى المصالح. فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً فى حق الأصيل إلا إذا أجازه . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

= النيابة . ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه « لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . (ويلاحظ هنا أن السمسار والخبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد العلة) . وجاء فى المادة ٤٨١ : « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين : فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل. وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين فى آن واحد ، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة ». وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ — ص ١٠٦) .

(٢) وقد جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : « ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ... ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشىء بمقتضى نص خاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً النائب فى التعاقد مع نفسه . وفى هذه الحالة يعمل النائب فى حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً فى حق الأصيل. وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفة الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص فى القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانونى ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد فى المادة ٢٠ وهى توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصى فى مال القاصر — ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه — وفى إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولى فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشترى الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو بيسير الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات (١). ومثل ماتقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى (٢) .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء فى تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتمس فى نظرية البطلان ، بل فى نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

المطلب الثانى

توافق الإرادتين

٩٨ — التمييز بين حالتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذى يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقه والقضاء . وهذا

---

(١) وقد قضى قانون المحاكم الحسبية بأن تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تعارض مصالح القصر بعضها مع بعض (م١٢) . كما قضى بأنه « إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى ، ولم يبلغ هذا التعارض مبلغاً يخشى معه على أموال القاصر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ١٦ ، ففى هذه الحالة تقيم المحكمة وصياً خاصاً » . ويجوز كذلك تعيين وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (م١٧) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٠٦).

بخلاف التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على منوالها القانون الجديد ، وهى تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين فى مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدين مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

§ ١ — المتعاقدان فى مجلس واحد

٩٩ — الايجاب والقبول . تقدم أنه لابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين، يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر. فنتكلم فى مسائل ثلاث : (أولا) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة فى القبول .

١ — صدور الايجاب

المراحل التى يمر بها الايجاب :

١٠٠ — المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لايستقر به الرأى فى العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات(١) قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن يضع إعلاناً ينبىء أنه يعرض منزلا للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على

---

(١) هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة فى الحياة اليومية كمن يأكل فى مطعم أو ينزل فى فندق أو يشترى صحيفة ، والعقود التى تبرم دون سابق مفاوضة فى الحياة التجارية وهى تقتضى السرعة فى البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهى تتميز بإيجاب بات فى بادىء الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على مضض .

نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (٢) .

والقانون لا يرتب فى الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملا مادياً لا يلزم أحداً. لذلك لا يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهى عمل مادى لا عمل قانونى .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول ، فإذا أثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول فى الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق فى المطالبة بتعويض .

١٠١ — الإيجاب المعلق : وقد تنتهى المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذى صدر منه بالثمن الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولا وتراعى الأسبقية فى القبول حتى ينفد

(١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام فى التعبير الصريح والتعبير الضمنى (أنظر فقرة ٧٦) ، ورأينا هناك أن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه .

(٢) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ — أنظر أيضاً حكماً آخر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ .

الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه .

١٠٢ — الإيجاب البات : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائى هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون : فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه .

القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ — فى القانون القديم : لم يرد فى القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول(١) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبنى هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته (٢) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه فى وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً فى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية (٣) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب فى تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث :

---

(١) استئناف مختلط فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٠١ — وفى ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٢٢ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٥٦ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٤٧ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢١٣ — وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص ٣٢ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٨٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك م١ ٣٠١ فقرة ٥ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٠٠ — وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٦٢ .

(٣) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧ .

نظرية الإرادة المنفردة ، ونظرية العقد الضمني ، ونظرية المسئولية التقصيرية(١).

١٠٤ — في القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي . فقضت المادة ٩٣ بما يأتي : «١ ـ إذا عين ميعاد القبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (٢)». فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم نعد بعد هذا النص في حاجة إلى البحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أي أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون ، وهذه هي إحدى الحالات التي نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذي يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً في الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور

---

(١) أنظر كتاب «نظرية العقد» للمؤلف ص ٢٤٤ — ص ٢٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١ ـ إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ ـ وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل» . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ — ص ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي : «كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه» (م ١٢٩ من المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالنص الذي استبقي في حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقي لأفاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة المعقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠) .

أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي(١) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر (٢) . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب ، أن يتربص الموجب مستبقياً إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله (٣) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سيأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم نتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) هذه العبارات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) . ويلاحظ أننا انتقلنا فى هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر فى مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر فى مثل ثالث لتحديد ميعاد القبول تحديداً ضمنياً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢م ٢٤ ص ١٠٠ . هذا وتقديم عطاء فى مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء فى ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقضى بذلك طبيعة المعاملة — يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فض المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقترن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

سقوط الإيجاب:

١٠٥ — الإيجاب القائم الملزم: فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط فى حالتين :

(الحالة الأولى) هى أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقض المدة التى يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولا يتضمن تعديلا فى الإيجاب (م ٩٦ وسيأتى ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هى أن تنقضى المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهى الإلزام والقيام فى وقت واحد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا فى خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم ، ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق . وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين (١) » .

١٠٦ — الإيجاب القائم غير الملزم: وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم — وهذا لا يكون إلا فى التعاقد ما بين حاضرين فى مجلس العقد — فإنه يسقط أيضاً فى حالتين :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٦ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسنرى تفصيل كل ذلك عند الكلام فى مجلس العقد (أنظر م ٩٤ (١)).

١٠٧ — القبول بعد سقوط الإيجاب ايجاب جديد : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك فى حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلا فى الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً (٢) . ونرى

---

(١) كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يعدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : ١) إذا انقضت صفته الملزمة قبل أى قبول . ٢) إذا رفضه من وجه إليه . ٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعداد يحسن تركه للفقه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠ — ص ٤١ فى الهامش) .

(٢) أنظر فى حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل فى الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل فى الميعاد ، نظرية العقد للمؤلف ص ٢٥٣ حاشية رقم ١ و٢ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل فى الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب ، أن يخطر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر القبول غير متأخر » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتى : « ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذى يرسل فى الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون فى الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل فى الوقت المناسب» . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ — ص ٥١) .

ذلك أيضاً فى حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انفضاض مجلس العقد . فى هذه الحالات الأربع — وهى الحالات التى رأينا أن الإيجاب يسقط فيها — إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولا ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

ب — اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ — الميعاد الذى يصح فيه القبول - مدة قيام الإيجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التى يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمنى يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز فى أى وقت فى خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً — ويجوز أن يقترن بالقبول — ما دام مجلس العقد لم ينفض . فإذا انفض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ — مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير فى المادة ٩٤ من القانون المدنى الجديد ، وهذا نصها :

« ١ — إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل » .

« ٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة مابين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد (فيما عدا فروقا لفظية طفيفة) . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد فى الفقه الإسلامى على أن يكون مفهوما أنه لم يرد الإمعان فى وجهة النظر المادية التى نراها عادة فى كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات =

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :
«إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد(١)» .

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما فى التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع — وهو مأخوذ من القوانين الحديثة (٢) — يقتضى أن الإيجاب لايكاد يقوم حتى يسقط ، وفى هذا من الضيق والحرج ما لايخفى . فلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينفض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان فى مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضرورى أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره

= لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستغناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تعالج حكم القبول إذا صدر قبل ارفضاض مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٩ — ص٤٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢

(٢) أنظر المادة ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من التقنين الألمانى .

اعتبر مجلس العقد قد انفض ، وسقط الإيجاب . و(الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقدقائماً .

ولا شك فى أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولا ، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو فى نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامى فى مجلس العقد (١) .

---

(١) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفى وهو المذهب الذى قصد القانون الجديد أن يستمد منه فى هذه المسألة . وقد اختلفت الحنفية مع الشافعية فى ذلك . فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر فى مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون الفور فى القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم فى الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز للموجب له أن يرجع فى قبوله قبل انفضاض مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعى ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولا ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفى محدود المدى من الناحية العملية . فالحنفية يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فورا ، ولكنه يستطيع الرجوع فى قبوله إليها قبل انفضاض المجلس. أما المذهب المالكى فيشترط الفورية كالمذهب الشافعى ، ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفى ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يختره القانون الجديد لما ينطوى عليه من ضيق وحرج .

ونقل هنا بعض ما جاء فى البدائع فى هذه المسألة : «وأما الذى يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول فى مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر فى المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثانى من زمان وجوده ، فوجد الثانى والأول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدى إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما . وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن فى ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل » (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

هذا التحليل الرائع هو الذى نقف عنده . ولا نجارى المذهب الحنفى بعد ذلك فى تصويره لمجلس العقد تصويراً ماديا ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء فى البدائع فى صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو على دابة واحدة فى محل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وإن قل ... ولو تبايعاً وهما=

١١٠ — لا تحتيم فى القبول : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد الذى يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة (١)».

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون

= واقفان انعقد لاتحاد المجلس. ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعا ثم قبل لا ينعقد ، لأنهما لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران فى مجلس واحد ... ولو تبايعا وهما فى سفينة ينعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافا إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير . أما المشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت ، فاختلف المجلس بسيرها » (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقى ، ثم يقلبون المسألة على وجوهها المنطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختيارى (المشى أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختيارى (جريان السفينة) ينعقد . وفى هذا ذهاب بالمنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من الحرج فى التعامل مالا يخفى ، إذ يمتنع على شخصين يمشيان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقى للمجلس ، فيكفى الاتحاد الحكمى ، وقد أقر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد الحكمى فى التنقل غير الاختيارى للضرورة ، والضرورة ذاتها هى التى تقضى علينا أن نكتفى بالاتحاد الحكمى فى التنقل الاختيارى أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع الحرج فى حالة يكثر وقوعها وهى السفر بالسكة الحديدية ، فذكر فى هذه المسألة ما يأتى : « أما لو تبايعا وهما فى السفينة فإنه يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها (طحطاوى عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » (شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ — ص٤٦ .

أبوابهم للطارق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل فى صناعاتهم. فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتى : «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف فى استعماله . على أن الإساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص،وهذه خصوصية تسترعى الانتباه . وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى ، فثل هذا الرفض يرتب مسئولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً . ويجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك [١] ».

١١١ — كيف يطابق القبول الإيجاب :وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذى قدمناه ، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، وأن يكون متفقا كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب. وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى روئى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادىء العامة . فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش . وقد جاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية فى صدد النشرات والإعلانات التى يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتى : « وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يواجهها إلى الإيجاب النهائى الملزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائيا ملزما ، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش) .

بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة (١) ».

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، أعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) ». والذي يسترعي النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضي فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعي النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم في

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦ . أنظر أيضاً محكمة استئناف أسيوط في ٣ يونية سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض فروق لفظية . ولما تلي في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم ، ودارت مناقشة طويلة حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ — ص ٤٩) .

انظر أيضاً المادة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦١ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات البولوني .

صنع العقد(١) . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما ليبت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلا على المسائل الجوهرية فى عقد الإيجار ، فتراضيا على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه، وهى عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنهما تركا للقاضى أن يبت فى هذه المسألة غير الجوهريه طبقاً للعرف إذا لم يستطيعاهما أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التى تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية (٢) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا ، فإن

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وفى هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى أرجىء الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

(٢) يؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ومهما يكن من أمر فينبغى التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أراده المتعاقدان ، بأن اشترطا صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلا عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .

العقد لايتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفا تدفع فوراً ، وقبل المشترى أن يدفع الألف على أن يزيد البائع فى المبيع ، أو قبل أن يدفع فى المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشترى . وهذا الحكم هو الذى تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ تقضى بما يأتى : «إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (١) » .

جـ — حالات خاصة فى القبول

الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولا . (*)

١١٢ — المبدأ العام : لامحل للكلام فى السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولا ؟

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى ، وكانت هذه المادة تشتمل على فقرتين ، حذفت الفقرة الأولى منهما فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فجاءت مطابقة للنص الذى ورد فى القانون الجديد . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ فى القانون الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ — ص ٥١) .

وانظر فى هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الألمانى ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت ١٢ ص ٢٨٥ .

* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٠٨ — ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨٠ وما بعدها و ٢ فقرة ٥٥٦ — فاليرى فى العقد بالمراسلة فقرة ٣١ وما بعدها وتعليقاته فى داللوز ١٩٠٥—١—٥ : ٣ و ١٩٠٨—٢—١٠ و ١٩١٣—١—٢٨١ — جيز فى نظرية العمل السلبى (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) — باروات فى السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديجون ١٩١٢ — كوهن فى العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها — ليفى ديجون ١٩٢٧ — كوهين (Cohin) فى العمل السلبى الخاطىء باريس ١٩٢٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤ — فقرة ٤٨ — بنكاز تكملة بودرى ٢ فقرة ٢٩٥ — والتون ١ ص ١٩٧ — ص ١٩٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٦٠ — فقرة ١٦٦ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٥٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

يمكن القول بوجه عام إن السكوت فى ذاته ، مجرداً عن أى ظرف ملابس له ، لايكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شىء سلبى ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : «لا ينسب لساكت قول». وليس السكوت إرادة ضمنية ، فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم (١) . وأولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء فى مصر وفى غيرها من البلاد (٢) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض الفروض الاستثنائية أن يعتبر قبولا» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية فى مصنعه لا يعد قبولا أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد فى الميعاد القانونى وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة فى دائرتها التجارية بأن سكوت المشترى أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً فى صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشترى مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضاء من المشترى ، بل يجب أن يكون رضاؤه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٠) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهما فى شركة معينة ويخبره فيه أنه سجل فى حسابه قيمة الأسهم التى احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب فى الأسهم المذكورة (نقض فرنسى فى ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠-١-٢٥٧ وفى ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠-١-٢٠٧) ، وبأن الناشر الذى يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك فى هذه المجلة ما دام لم يصدر منه قبول بذلك ، ولا يعتبر قبولا مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر فى المجلة أن عدم الرد يعد قبولا بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية فى ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣-٢-١٦٢ -- محكمة دويه الاستئنافية فى ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤-٢-١٥٣) . ويلاحظ أن من يتلقى المجلة ويسكت ، إذا كان سكوته لا يعد قبولا ، فإن قبوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ، كأن يواظب على تسلم المجلة وقراءتها بانتظام (أنظر دى ملتس ١ لفظ (convention) فقرة ٦) .

١١٣ — الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد فى نص صريح ، فقضت المادة ٩٨ بما يأتى :

« ١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » .

« ٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه (١) » .

فالاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء (٢) . هذه الظروف الملابسة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء (٣) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعميله

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية نصها كالآتى : « ويكون كذلك سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى (الفاتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشترى الخ الخ » . وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء فى كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٦ — ص٦٤) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات اللبنانى .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٥٨) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . وتفريعا على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاما ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب فسخ البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصى (استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٩) .

عن حسابه فى المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له (١) ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف فى «الفاتورة» شروطاً مستجدة سكت عنها المشترى ولم يبادر إلى رفضها (٢).

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التى يريدها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكتاً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده (٣) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولا إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أومعدلا له ، أو فاسخاً (٤) .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص١٦٩ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ — ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ — ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ — ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثنى حالة الغلط فى الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك ، فتل هذا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٧٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) — نقض فرنسى فى١١ يوليه سنة ١٩٢٣سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١١٧ — وفى ١٥ يوليه سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٠٠ — ٢ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣١٥ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشتر لآلات ميكانيكية استنفد الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلا جديداً لفحص تكميلى كان متوقعاً فى عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نقض فرنسى فى ٧ مارس سنة١٩٠٥ سيرى ١٩٠٥ — ١ — ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلا محدداً بل جعله فى أقرب ميعاد مستطاع ، وسكت المشترى على ذلك ، فسكوته يعتبر رضاء بهذا التعديل (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة١٩١٥ م ٣٨ ص٥٦) . ومثل فسخ العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من انجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المصنع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير الفحم ، فسكت ، ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه بصرف النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلا بقوة قاهرة ، فإن سكوت المشترى قد حمل المصنع على حق فى اعتقاده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٠٨) .

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت[١] .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر . فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملابس» [٢] (silence circonstancié) ، ويعتبر قبولا ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة ، وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقرارا للبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة يعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو المزاد على من كفله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولا (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦م ٨ ص١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا . وقد تناول النص هذه الفروض ، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسري ضابطاً مرناً يهيء القاضي أداة عملية لتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أي قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسنتها أو من ظروف الحال . والثاني التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة --- ويراعى --- أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفي هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . ولم تعرض التقنينات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنينات الجرمانية وغيرها من التقنينات التي تأثرت بها تورد على النقيض من ذلك أحكاماً وافية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحا أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف» وهو الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير إشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى «السكوت الملابس» وهو ما تلابسه ظروف يحمل معها محمل الإرادة ، فهو وحده الذي يواجهه النص ، محتذياً في ذلك حذو أحدث التقنينات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٧ — ص٥٨) .

الحالة الثانية ـ تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ — يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيتم العقد به ، ويعتبر قبولا ضمنياً (١) . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع فى شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص فى ذلك . وتقضى القواعد العامة — على ما سنرى — أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفى المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفى مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم فى الزمان وفى المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب فى هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ» . ولكن هذا النص حذف فى المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه «من التفصيلات التى لاضرورة لها (٢)» . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين

---

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كان بوسعه أن يتمسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لاسبيل معه إلى الشك فى انصراف نية العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ الذى ارتضاه العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص٣٣٣ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لايجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ما لم تقم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص ٣٠١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ — ص ٥٧ . وانظر المادة ٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

بحصول التنفيذ لا بعلم الموجب به متى اتضح ذلك، لا من إرادة الموجب فحسب، بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ، ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ (١).

الحالة الثالثة — القبول فى عقود المزاد :

١١٥ — هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لا من طريق الممارسة، بل من طريق المزايدة. وأهم هذه العقود البيع والإيجار. فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد. وكذلك البيوع التى تجريها المحاكم الحسبية. وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزاد إذا اختار البائع هذا الطريق. وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضى وعقارات بطريق المزاد. ويعنينا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول. فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزاد هو الإيجاب، والتقدم بالعطاء هو القبول. وليس هذا صحيحاً. فإن طرح الصفقة فى المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء، والتقدم بعطاء هو الإيجاب. أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه. وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت. إلا أن التنفيذ الاختيارى الذى يكون متقدما على الرد يدخل فى نطاق القبول الضمنى. ويراعى أن الإخطار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغا للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ. فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك. وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاما فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ — ص ٥٧ فى الهامش). ويلاحظ أنه أشير فى المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاما فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول. وهذا يحتاج إلى تفصيل. فقد رأينا فيما قدمناه فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان. أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة، ويعتبر التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان. على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهريا، إذ أن السكوت إذا اعتبر قبولا يكون صدوره والعلم به حاصلين فى وقت واحد، فلا فرق بين نظريتى الإعلان والعلم فى هذا الخصوص.

ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولا ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس الحسبى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من يطرح الصفقة فى المزاد صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزاد أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المزاد تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقديم العطاء ، ومجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدى وتحريره إيصالا عنه لم ينص فيه إلا على أن صاحب العطاء ملتزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يشر فيه بشيء إلى حقوق صاحب الأرض الواردة فى قائمة المزاد ، بل بالعكس أشر على القائمة فى يوم حصول المزاد الذى حرر فيه الإيصال بأن المالك لا يزال محتفظاً بحقه فى قبول أو رفض العطاء — كل ذلك لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول العطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم فقبل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إقفال المزاد ، كان هذا هو العقد التام اللازم (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرسى من طرح الصفقة المزاد على من رسا عليه ، فقد تم العقد ولا يجوز للراسى عليه المزاد الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه ما دام قد ثبت بمحاضر جلسة المجلس الحسبى أن الراسى عليه المزاد قبل الشراء بثمن معين ، ووافق المجلس الحسبى على هذا الثمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعا ممن يملكون التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس إلا السند الكتابى للبيع ، وليس للراسى عليه المزاد أن يرجع بعد ذلك فى العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الطرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣١٧ ص ٣٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلا عن شروط المناقصة ، فإذا قبله من طرح الصفقة فى المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص٦٩٩) .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويجوز الرجوع فيه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما فى ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضمنى ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع فى عطائه بعد أن يصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل ضمنى هو فض العطاءات وإرساء العطاء على من يرسو عليه .

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا (١) ». والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد ، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

---

(١) تاريخ النص: وردهذا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» . ولما تلي النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة «ولو كان باطلا» بعد عبارة «عطاء يزيد عليه» ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم المزايدات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم فيها ، فقيل إن إرساء المزاد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم المزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقيل إنه لا يمكن إرساء المزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون العطاء باطلا ، فأجيب بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معتوهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة «أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فإيراد هذه العبارة يكون مجرد تزيد قد يحمل على محمل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٧) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجري بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولا . ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا أو قابلا للبطلان ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٥) .

نضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل =

الحالة الرابعة — القبول في عقود الإذعان (*) :

١١٦ — دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان (١) . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية .

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها

= باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع السطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا كتصرف قانوني .

* بعض المراجع : سالي في إعلان الإرادة ص٢٢٩ وما بعدها — ديجيه في تطورات القانون الخاص ص ١٢١ — الدولة والقانون الموضوعي والقانون الوضعي ص ٥٥ — موريو في مبادىء القانون العام ص٢٠٧ — ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ١٢٢ وما بعدها — ديموج في الالتزامات ٢ ص ٦١٦ وما بعدها — موران (Morin) في القانون والعقد سنة ١٩٢٢ ص ٣٦ وما بعدها — ديرويه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ و ص ٢١٠ — جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها — دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ — فورتييه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ — بيشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ — سارا ريمي (Sarat-Rémy) في مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ — ميسول (Missol) في عقد التأمين كعقد من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ — ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ ص١١ وما بعدها — جوسران في مجموعة دراسات جيني جزء ٢ ص ٣٣٣ — وفي مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ ص ١٤٣ — ومقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٣٧ص٢١ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٧٩ـص ٢٨٨ — الدكتور حلمي بهجت بدوي ص٢٢٢ـص٢٢٦ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٨٢ـص٨٥ — الدكتور محمد عبد الله العربي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصري القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . ومنه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة (ص٢٢٩ـص٢٣٠) . وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت إلى التقنين الجديد .

الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطيارات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحايين ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى فى العبارات الآتية : « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) ».

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «القبول فى عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٧ — ص٧١). وانظر المادة ١٧٢ الفقرة الثانية من قانون الالتزامات اللبنانى .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «من حق عقود الإذعان، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر، أن يفرد لها مكان فى تقنين يطلع =

١١٧ — طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء فى طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول — وعلى رأسهم الأستاذ سالى وتابعه فى ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو — فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق فى هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانونى منظم (institution) يجب أن يعنى فى تطبيقه بصالح العمل أولا ، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفى العقد .

ويرى الفريق الثانى — وهم غالبية فقهاء القانون المدنى — أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه

= إلى مسايرة التقدم الاجتماعى الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، فى رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجاراة هذا الرأى إلى غايته ، بل اجتزأ بذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول . فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد . ومع ذلك فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات ، أو مع شركات التأمين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٨ — ص٦٩) .

ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع – لا القاضى – لينظم عقود الإذعان .

١١٨ – حكم عقود الإذعان فى القانونين القديم والجديد : وقد كانت الحماية فى مصر ، فى ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام(١) ، فيحترم الشروط المطبوعة فى عقد الإيجار (٢) ، وفى عقود التأمين(٣) ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة (٤) ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها (٥) ، ويقيد المستخدم فى عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التى يخضع لها (٦) . إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة (٧) ، ويبطل الإعفاء الاتفاق من

(١) استئناف مختلط فى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش رقم ٢ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ – وفى ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ .

(٤) استئناف مختلط فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ – وفى ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٠٨ .

(٥) استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٥ – محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٣٥ – محكمة القاهرة التجارية الوطنية فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ ص ١٠٧٦ .

(٦) استئناف مختلط فى ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ – وفى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ .

(٧) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ – محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة فى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢ .

المسئولية (١) ، ويفسر الالتزام فى مصلحة الطرف المذعن (٢) ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة (٣) .

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصرى فى ظل القانون القديم سنداً تشريعياً فى عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع فى حماية الجانب المذعن . وندع النصوص الخاصة فى العقود التى سلفت الإشارة إليها تدرس فى مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك(٤) » . وهذا النص فى عمومه وشموله أداة قوية

---

(١) استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٧ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ ص ٢٩٥ . وتتشدد المحاكم فى إعمال شرط من شروط الإسقاط فى بوليصة التأمين : استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٨ — وفى ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٦ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له فى محل إقامته لتستوفى الأقساط يلغى الشرط القاضى بأن الدفع يكون فى محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ٩٣ ص ٨٧) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التى تضمنها العقد ، جاز للقاضى أن يجعل ذلك محلا للتقدير » . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتى : « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن من تنفيذها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة فى آخر النص هى ما يأتى : « دون إخلال بحق المذعن فى التعويض إن كان له محل » ، لأنه لا يكفى فى مثل هذه العقود أن يعفى القاضى المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل . وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت فى موافقتها ورفضت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تغنى عن =

فى يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً فى عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً فى ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) فى عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى : «١ — يفسر الشك فى مصلحة المدين . ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (١)». وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية

= الحكم الوارد فى العبارة المضافة، واستبدلت كلمة «منها» بعبارة «من تنفيذها» . وأصبح رقم المادة ١٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩١ — ص ٢٩٤) .

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذى كان وارداً فى المشروع التمهيدى أضعف من نص القانون الجديد فى ناحيتين : الأولى أنه يشترط فى الشروط التعسفية أن يكون الطرف المذعن لم يتنبه إليها ، والثانية أن الجزاء على شرط تعسفى لم يتنبه له الطرف المذعن جاء منطوياً على شىء من الغموض، فلم يصرح النص بأن القاضى أن يعدل الشرط أو يلغيه ، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضى أن يجعله محلا للتقدير . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فى هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغى للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغى أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة — كما هو الشأن فى حالة الاستغلال — أو لتشريعات خاصة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٢) . ولا شك أن النص الذى خرج به القانون الجديد أصلح فى معالجة استغلال الطرف المذعن من نص المشروع التمهيدى . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً ، فقد كانت العبارة الواردة فيه : « أو أن يعفى الطرف المذعن منها » قد وردت على النحو الآتى : «أو أن يعفى الطرف المذعن من تنفيذها » ، فروعى أن الإعفاء يكون من الشرط التعسفى ذاته لا من تنفيذه فحسب .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يفسر الشك فى مصلحة المدين » ، وفى الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتى : « لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف =

للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائناً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً فى هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الإسبانى وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى وهى تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه (١) » .

الحالة الخامسة - القبول فى عقود الجماعة وفى العقود النموذجية :

١١٩ — تضمن المشروع التمهيدى نصين ، أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs)، والثانى بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «فى عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول» . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contrat collectif du travail) ؛ وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف فى عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفى هذا خروج بين

= المذعن» . فضمت الفقرتان فى مادة واحدة فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ — ص ٣٠١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٠ — هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

على القواعد المدنية ، يعلله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهي على كل حال تنشىء مراكز قانونية منظمة (institutions) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه» . والعقد النموذجى هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار النموذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلا فى تعاقده على عقد نموذجى يتقيد بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفترض أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائى ، حذف الأول لأن مكانه يحسن أن يكون فى تشريع خاص ، وحذف الثانى لوضوح الحكم الوارد فيه (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٧—ص٦٨ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين فى المشروع التمهيدى ما يأتى : « لا يطرأ على القبول فى عقود الجماعة مجرد عرض يغير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق . والحق أن هذه العقود وهى من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد . وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترتضى ذلك . وقد بلغ من أمر الثغرة التى أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح «الارتباطات النظامية» أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح «عقود الجماعة» . وقد دعا وعت قوانين التجارة فى نظام الصلح فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثراً قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعى مكانها فى الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات العمال والنقابات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل أو من لم يقبل . ويترتب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فللأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات مثلا) تفترض قبولهما للشروط الواردة فيه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٨ فى الهامش) .

٤ ٢ – المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ — *تحرير الموضوع* : فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك (١) .

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعا فى مجلس واحـــد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صـــدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تنمحى هذه الفترة من الزمن ، ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

---

* بعض المراجع : فاليرى (Valéry) فى التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تعليقاً له أيضاً فى دالوز ١٩١٣ — ٢ — ١ — سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٧٥ — ميك ٧ فقرة ١٨ — إيمان فقرة ٩١ — فقرة ٩٢ — جيلوار فى البيع فقرة ١٦ — بفنوار ص ٤٧١ — لارومبيرا م ١١٠١ فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ — بودرى وسينيا فقرة ٣٥ — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٥٤ وما بعدها — ديموج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها — هيمار ٢ فقرة ١٢٢٤ وما بعدها — بتى (Potit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — أوبير (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ — ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ — موريس (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ — كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن — والتون ١ ص ١٩٩ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٨٥ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسيهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة ، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage) وفى عقد الزوجية المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبنى (adoption) .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لايفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ماسنرى. ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه مابين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله (١) .

فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به(٢) .

١٢١ — ماذا يترتب على هذا التحرير - زمان العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناه تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت العلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول . ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتلفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة

(١) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أصم وهما فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تتبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الفرض إيوس وأرمانجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصريين سنة ١٩٠٤ ص٣٩ رقم ٥٧) .

(٢) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شفوياً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يغنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٤٣) .

تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان فى جهتين مختلفتين ، فتجرى فى تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين (١) .

وعلينا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفى أى مكان . ونستعرض فى ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم ننتقل إلى أحكام القانون المصرى .

١ — الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ — مذاهب أربعة فى الفقه : الفقه فى البلاد التى ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد — كما فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم — منقسم متشعب الرأى ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سنرى .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هى كما قدمنا الفترة من

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا الموضوع ، فنصت المادة ١٤٠ من هذا المشروع على أنه «يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان» . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «لا يثير التعاقد بالتلفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فشأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان . ولذلك تسرى عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتلفون قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، فالتعاقد بالتلفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمنى بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو فى حكم المعدوم . فليس للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنهما شىء واحد . وتفريعاً على ذلك يعتبر التعاقد بالتلفون تاما فى الوقت الذى يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بذاته هو الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هى القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأى طريق مماثل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ — ص ٥٣ فى الهامش) .

الزمن الذي تفصل ما بين صدور القبول والعلم به (١). فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد هي بتلاقي الإرادتين : فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاقياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقي ، فإن صدور القبول لايكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقي الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تتلاق الإرادتان (٢) .

---

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقتها . فكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشترى أن البائع يعرض عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشترى . فإذا قبل المشترى التعاقد ، فهل يتم العقد؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٨٨ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ — وفي ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ — وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أصابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدي وسيأتي ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلقي الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة إذ هو لايدري متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين .

فليس يعنينا إذن فى التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقى الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلا ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا — وقد صدر القبول فى وقت متقدم على الوقت الذى علم فيه الموجب بهذا القبول — إلا أن نختار بين الوقتين ، وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذى أعلن فيه القابل قبوله — وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) — والوقت الذى يخرج فيه هذا القبول من يده فى طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك — وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به — وهذا هو مذهب تسلم القبول (système de réception) — والوقت الذى يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول — وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .

هذه هى مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ — مذهب إعلان القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هى المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة فى التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضرورى أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ — مذهب تصدير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون فى الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون

أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلا بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه فى صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد فى كثير من البلاد ، والكتاب فى البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

١٢٥ — مذهب تسلم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو فى الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . فى هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسلم القبول يتذبذب بين مذهبى التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلا إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزيد فى قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذى نتولى الآن بحثه .

١٢٦ — مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فتفرع عنهما ،

ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصــار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشىء أثراً قانونياً ، فهى لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هى موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينةعلى علم الموجب ، ولـكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهى على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ — النتائج التى تترتب على الأخذ بمذهب دون آخر : ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، فى النتائج التى تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فيتبين الفرق بينهما فيما يأتى :

١— إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢— إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملـكيته تنتقل إلى المشترى من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشترى من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملـكية .

٣— هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التى تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم ، ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤— فى الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن فى عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً فى التاريخ عن الحق الثابت له فى ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت فى ذمة المدين فى الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به فى العقد الذى يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن

الطعن فى العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥— العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو فى أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فتهم إذن معرفة وقت تمــام العقد فى مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول فى مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به فى مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذى يؤخذ به .

٦— تقضى قواعد القانون الدولى الخاص بأن القانون الذى يخضع له العقد هو القانون الذى أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التى تم فيها العقد (lex loci contractu). فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً فى مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً فى فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصرى إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسى إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأى المذهبين فى تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧— قد يكون ارتكاب جريمة فى بعض الفروض متوقفاً على تمـام عقد مدنى ، كجريمة التبديد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذى يتصرف بموجبه المبدد فى الأشياء التى كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف فى أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التى وقعت فيه الجريمة . ومحكمة هذه الجهة هى المحكمة المختصة بالنظر فى التبديد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان فى بلد غير البلد الذى كان فيه المشترى . فإن المحكمة المختصة تـكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذى يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذى يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ — القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنينات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألمانى (م ١٣٠) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢ فقرة أولى) . والتقنين التجارى الإيطالى (م ٣٦) ، والتقنين الإسبانى (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تصدير القبول (م ١٠) . ويأخذ التقنين المدنى السورى الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت

المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه ويعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك». ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السورى والمصرى(١).

أما فى فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعى ، فالقضاء منقسم بين مذهبى إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهى مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها(٢) .

ب ـ أحكام القانون المصرى

١٢٩ — القانون القديم : لم يشتمل القانون القديم على نص تشريعى فى هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء فى ذلك القضاء الوطنى أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطنى فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول فى المسائل المدنية على الأقل(٣) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون السورى الجديد فى هذا الصدد ما يأتى : « واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، فبين فى الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهى قواعد أخذت بجملتها من القانون المصرى ، فيما عدا العقود بالمراسلة، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفى مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية فى هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدى إلى الإضرار بحقوق ذوى العلاقة » (المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى السورى ص ١١) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ يونية سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٢٩ — وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٦ . وهذان الحكمان يتعلقان بزمان العقد . وهناك حكمان آخران يتعلقان بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ — ١ — ٣٥ — وفى أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٧ — ١ — ٤٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً فى المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذى عرض عليه الإيجاب لم يصل لعلم العارض (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة استئناف مصر فى أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكما قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلا من وقت وضع كتاب القبول فى صندوق البريد (دمياط الجزئية فى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان (١).

وبقي الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول(٢) .

---

(١) فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ — وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ — محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ — محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ — وفي ٣ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ — وفي ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠) . وهناك أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص ١٧٩ — وفي٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ — محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص٢٥٦ — وفي٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٥٩ ص ١٥٠) . وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ — وفي ٢٤ فبراير ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٤ — وفي ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩١) .

(٢) من ذلك ماجاء بنظرية العقد للمؤلف : « يشعر المستعرض للحلول المتقدمة بشيء من الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلا يرتضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن التأمل في المسألة لايسعه إلا أن يماشي محكمة النقض الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين . بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ العقد ابتداء بإيجابه ورسم حدوده ، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فالموجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد وأين يتم . أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تعرض للمسألة، فلا تظنها موفقة في ذلك . والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضي باتباع إرادة الموجب، فإذا غمضت هذه الإرادة ولم يمكن الاهتداء إليها بوضوح فنلجأ إلى الافتراض . وآمن فرض في تفسير إرادة الموجب أن يفرض ماهو في صالحه ، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فنحن نأخذ إذن بنظرية العلم بالقبول . ولكن لانأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ، بل نأخذ بها لأنها تتفرع عن المبدأ الأساسي الذي قررناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا لم تتبين له إرادة فرضنا ماهو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في التشريع المصري في هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضي بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه تحددها إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاهتداء إلى معرفة هذه الإرادة فيفرض أن الموجب قد أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول. مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة =

١٣٠ — القانون الجديد: أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسى فى تعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص فى المادة ٩١ على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». وقد مر الكلام فى هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ فى نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتى :

« ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك».

«٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول (١) » .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شىء فى هذا الصدد وما هو الشىء الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شىء ولم يوجد نص قانونى خاص ، فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب

= الموجب الغامضة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة الرأى الذى نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا فبإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هى التى تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم » (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ — فقرة ٣٠٥) .

أنظر أيضاً فى الفقه المصرى الذى أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١١١ — ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع اختلاف لفظى طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظى ، وأصبح رقم المادة ٩٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ — ص ٥٥) . وانظر أيضاً المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإيطالى .

العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد فى صراحة ووضوح . وهو فى هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى الذى سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا فى الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذى أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهى قرينة قانونية لأنها وردت فى نص قانونى، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسى الذى ورد فى العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» — وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسى ، فينبغى أن تفسر على مقتضاه.

وقد تقضى النصوص القانونية فى حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتتبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد فى المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجدداً ضمنياً ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر فى العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء (١).

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «تتضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى آية بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . وبديهى أن هذا الحكم لا يسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى (وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى التنفيذ الاختيارى كما قدمنا) اللذين ينزلهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب . ذلك أن الموجب هو الذى يبتدىء التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه . فمن الطبيعى والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فمذهب العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه — أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع — ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا فى هذا الوقت . ولم يستقر القضاء المصرى على رأى معين فى هذا الصدد . فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه =

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية في التعاقد
(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ — تعاقد غير نهائي : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية ، فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي. ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدى على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

§ ١ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)
(Avant — contrat)

١٣٢ — الصور العملية للوعد بالتعاقد وللاتفاق الابتدائي : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع

= خاص في المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣). أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧) . وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ — دمياط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) . ولم تتح لمحكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغني عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضي على هذا الخلاف بأسره» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣ — ص ٥٤) .

(*) بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٤٦٣ وما بعدها — لديك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — ديشان (Deschamps) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ — كوهرييه (Coherier) رسالة من بواتييه سنة ١٩٣٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٤٢ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٥٩ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٦٧ .

شراءها فوراً ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملا . يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقترض . ويلاحظ في كل هذه الصور — الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض — أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد ، أما الموعود له فلم يلتزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزما للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلا إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال (١). هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في

---

(١) ويقع كثيراً في بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً ، ويسميانه مع ذلك عقداً ابتدائياً . والعبرة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر المشروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧) .

الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي ، وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف ينعقد الوعد بالتعاقد ، في صورتيه الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذي يترتب عليه من الآثار .

١ — كيف ينعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٣ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي : الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي. وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد — بالبيع مثلا — يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع — أو على بيع تمهيدي في حالة الاتفاق الابتدائي — ولذلك يكون الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ — ما الذي يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن «الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (١)». وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد

---

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بفقرتيها في المشروع التمهيدي (م ١٥٠) على الوجه الآتي : ١٥٠ — الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة =

بالتعاقد والاتفاق الابتدائى هو خطوة نحو التعاقد النهائى ، فوجب أن يكون السبيل مهيأ لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد فى الاتفاق الابتدائى الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هى أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن (١). وإن كان شركة وجب أن

= التى يجب أن يتم فيها العقد . ٢ — إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الابتدائى الذى يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عـدلته على الوجه الآتى : « ١ — الاتفاق الابتدائى الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ — وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هـذا العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل المعين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هى الرسمية فى عرف الفقه والقضاء ، فمثلا عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب فى ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب فى ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، فعقد الشركة فى القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م٥٠٧) وليس من الضرورى أن يكون مكتوباً فى ورقة رسمية ، فهو عقد شكلى دون أن يكون عقداً رسمياً ، ويترتب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدنى على كلمة «ابتدائى» الواردة فى النص ، إذ هى قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف هـذه الكلمة دفعاً للبس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولونى .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعقاده ، وما يجريه قاضى الموضوع من هذا التثبت — فى دعوى صحة التعاقد — يجب عليه أن يورده فى أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يغفل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها فى الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد فى نقل الملكية جهلا فيه ركن الثمن المقول بأن البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بقصور أسبابه، متعيناً نقضه (نقض مدنى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص١١٣) .

يتفقا على المشروع المالى الذى تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشيئين اللذين يقع فيهما التقايض ، وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان .

وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى . وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد ، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هـذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

١٣٥ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكلية : وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه — ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة — يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهذا ما تقضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه « وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد[١] » .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلا[٢] . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هذا يقتضى تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم

---

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص.

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائيا ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائيا مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائى مكتوبا فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد النهائى قد اشـترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .

على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولكن يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد والمدة التى يتم فيها . أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص — على نقيض التقنين البولونى فهو يشترط الكتابة إطلاقا فى المادة ٦٢ فقرة ٢ — إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين ، فنى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل التى يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ — ص ٧٥) .

هذا وينتقد الدكتور أبو عافية فى رسالته (التصرف القانونى المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠ وما بعدها) القانون الجديد فى أنه جعل الوعد بالعقد الشكلى — إذا لم يفرغ فى الشكل المطلوب — باطلا . وهو يرى وجوب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لمصلحة العاقدين فيكون الوعد فى هذه الحالة باطلا ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الغش وإبرازاً =

١٣٦ — شروط الانعقاد والصحة فى العقد الموعود به ومتى تماهى فى الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى: ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائى ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة فى عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول فى الوعد دون الوصول إلى العقد النهائى إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائى إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أى اتفاقاً ابتدائياً) .

= لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد فى هذه الحالة صحيحاً (أنظر فى هذا المعنى قانون الالتزامات السويسرى م ٢٢ فقرة ٢) . ويستند فى ذلك إلى أن القانون هو الذى فرض الشكل وهو الذى يعين جزاءه ، فينبغى أن يكون هذا الجزاء مرناً يتلاءم مع الظروف فى كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يغنى عنها .

ونحن نسلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل فى القانون الحديث وظيفته خارجية لا داخلية ، وأنه لا يغنى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل ذى الوظيفة الداخلية — كما كان الأمر فى القانون الرومانى — إذ القانون استقل هنا كذلك بصنع الشكل ، وأمعن فى ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالعقد الشكلى شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد — دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهى تفرقة تدق فى كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يخل فى هذا بسلطان الإرادة ما دام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلا للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائى . إذ لا يجوز فى طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلى يؤدى مباشرة إلى هذا العقد الشكلى ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً فى الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التحايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن ينكر على أى وعد قوته الملزمة حتى لو لم يفرغ فى الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بعقد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وإنما يجب على المشرع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدى مباشرة إلى العقد الشكلى الكامل ما لم يكن مفرغاً فى الشكل المطلوب . وهذا هو ما قررته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وهو ما انتقده الدكتور أبو عافية فى رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التى قدمناها .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائى فى كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً فى الاتفاق الابتدائى . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد، فيجب أن يكون أهلا للتعاقد النهائى فى هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائى بأن حجر عليه مثلا (١) . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائى لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشىء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائى . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد — أى التمييز — وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائى معاً، إذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفى توافرها وقت التعاقد النهائى، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

ب — الآثار التى تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى

١٣٧ — مرحلتان يفصلهما حلول الميعاد أو ظهور الرغبة: إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذى قدمناه ، فإن الأثر الذى يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائى هو الذى يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذى يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له فى التعاقد النهائى .

---

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أى تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد (أنظر فى هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٥٢١ — ملانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٤٥) .

١٣٨ – قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة: ففى المرحلة التى تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائى من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما فى البيع.

يتبين ذلك فى الاتفاق الابتدائى (الوعد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، فى المرحلة التى تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائى ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً فى الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يترتب فى ذمته التزام شخصى أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشىء .

فإذا كان العقد النهائى المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائى ملزم للجانبين على عقده ، أو تم وعد ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع فى الحالتين لا يكسب فى هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً فى ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشىء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية :

(أولا) يبقى الواعد مالكاً للشىء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائى ، ويسرى تصرف الواعد فى حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشىء قضاء وقدراً تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما فى العقد النهائى ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسئولا عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشىء قد هلك قضاء وقدراً (١) .

---

(١) وكهلاك الشىء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته ، ولكن لا يكون مسئولا عن الضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتما على المالك ، وبحكم اللزوم العقلى لا يضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠) .

١٣٩ — بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي ، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه (١) .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (٢) ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلا شخصياً من الواعد ، في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده ، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي

---

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي فالعبرة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين ، فإن صاحب الخيار لا يتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولا عن تنفيذه وملزماً بالتضمينات في حالة عدم التنفيذ (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠) .

على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب ، فإن الحكم فى هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدنى الجديد صراحة فى المادة ١٠٢ ، فهى تقضى بأنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد (١) » .

§ ٢ — العربون
(Les arrhes)

١٤٠ — العربون ودلالته فى القوانين الأجنبية : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال — يكون عادة من النقد — يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك فى عقد البيع وفى عقد الإيجار ، فيدفع المشترى للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له أجلا لتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة. فإذا لم يتم إبرام العقد فى الأجل المحدد ، يقوم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام العقد » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة لوحظ أن هذه المادة لا تعرض للحالة التى يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائى وهو فى الواقع عقد نهائى ، لأن هذه الحالة منصوص عليها فى المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى (تقابل المادة ٢١٠ من القانون الجديد) ، وإنما يعرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائى بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائى ، لا سيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمى ، فمتى وجد وعد برهن رسمى مثلا ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائى . وهذا الحكم ليس مقطوعاً به فى القانون الحالى فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير اعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأى بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة فى نصها النهائى كما يأتى : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، و كانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم، متى حاز قوة الشيء المقضى به ، مقام العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « لتمام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ — ص ٧٩) — أنظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولونى .

ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما فى العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدلالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول(١)، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت(٢) . وغنى عن البيان أن كلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ – العربون فى القانون المدنى القديم : لم يرد نص عن هذه المسألة فى القانون المدنى القديم ، فكان القضاء المصرى يتردد بين الدلالتين (٣).

(١) أنظر مثلا المادة ١٥٩٠ من القانون الفرنسى والمادة ١٢١٧ من القانون الإيطالى القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألمانى والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٧٤ من القانون البولونى .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العربون لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ — ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن المشترى الذى يفقد العربون بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على قياس ما يجرى بشأن الشرط الجزائى (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ — أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢) ، وقضت كذلك بأن العربون قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

وفى دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز العدول (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ — القضاء المستعجل فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يعين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبائع الذى أظهر نيته فى أن يمضى فى العقد دون استعمال حقه فى العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ثم عدل بعد ذلك فجأة لا يقتصر على خسارة العربون بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءته استعمال حقه فى العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

وكان فى ذلك يأخذ بنية المتعاقدين (١) . ويفسر هذه النية عند غموضها فى ظل العرف الجارى . والظاهر أن العرف فى مصر يميز بين البيع والإيجار . فنى البيع تكون دلالة العربون فى العقد الابتدائى جواز العدول وفى العقد النهائى التأكيد والبت (٢). أما فى الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت لا على جواز العدول ، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ — العربون فى القانون المدنى الجديد : أخذ القانون المدنى الجديد ، حسما للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باتة فى التعاقد النهائى ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، ٢ إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك» .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو مايقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه ، ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ماهو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لاتخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لالجواز العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائى كان هذا دليلا على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائى فلا يجوز العدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ (عقد ابتدائى) — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ (عقد نهائى) — ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ (وهو الحكم التى سبقت الإشارة إليه) — محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ .

«٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر(١)» .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات فى التعاقد ، كان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١ — يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلا على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك ٢٠ — فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد ، فللمتعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله فى حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذى قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذى دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه فى استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣ — ويسرى حكم هذه المادة أياً كانت الألفاظ التى عبر بها المتعاقدان عن العربون » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة أقرته اللجنة فى المشروع النهائى تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتى : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تفصيلا ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقررته ، وقالت فى تقريرها ما يأتى : « رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقررته المادة تمشيا مع العرف، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة « لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه » ، بعبارة « التعديات لا يجوز العدول عنه » ، وحذف عبارة « أو العرف » لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتى : « فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول ضرر » . وقد صدرت اللجنة فى هذه الإضافة عن وجوب التمشى مع العرف ، ولم تر محلا للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضى . وأصبح النص كالآتى : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر» . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ — ص ٨٩ — وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى ص ٨١ — ص ٨٤) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و١٥٤ من هذا المشروع . فنصت المادة ١٥٣ على ما يأتى :

« ١ — إذا نفذ الالتزام الذى من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ — ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولا عنها ، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونصت المادة ١٥٤ على ما يأتى : « إذا اتفق المتعاقدان على أن =

دفعه دليلا على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق فى العدول عن العقد ، يستوى فى ذلك البيع والإيجار وأى عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد فى خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه فى المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يرده ويرد مثله ، أى يرد ضعفيه (١) ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد ..ويلاحظ أن النص يرتب التزاماً بدفع قيمة العربون فى ذمة الطرف الذى عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين ، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما فى نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعلا العربون مقابلا لحق العدول . وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز القاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلا

= العربون دليل على جواز العدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه » وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ — ص٨٢ فى الهامش) .

(١) الصحيح لغةً «ضعفيه» لا «ضعفه» كما ورد فى نص القانون . فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد . وضعف الشىء مثله فى المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المهجور ، حتى يتجنب اللبس فى صدد نصوص تشريعية الخطأ فى تطبيقها يؤدى إلى نتائج عملية خطيرة .

إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الشرط الجزائى(١) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

المبحث الثانى

صحة التراضى

١٤٣ — الأهلية وعيوب الإرادة: كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى . ولا يكفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون

---

(١) أنظر المواد ٢٢٣—٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكييف القانونى .

فالعربون الذى يدفع فى مقابل العدول عن العقد يمكن تكييفه بأنه البدل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلا بالالتزام الوارد فى العقد ودائناً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م٢٧٨) . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جملته .

أما الشرط الجزائى فكالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكييف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكييف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل فى التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلى تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد المحلين فى التزام تخييرى، فالمدين لا يخير بينه وبين التنفيذ العينى إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين المحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العينى .

صحيحاً . والتراضى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم نكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب (١) . وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام فى الأهلية ، ثم فى عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية (*)

(La capacité)

١٤٤ — **القانون القديم والقانون الجديد** : اقتصر القانون القديم فى الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ — ١٣٠ / ١٨٩—١٩٠ قديم)، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو إبطال العقد (م١٣١—١٣٢ / ١٩١—١٩٢ قديم) .

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية فى شئ من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٤٧) فى كثير من الأحكام التى تطبق

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجرى بما يأتى: «يجوز إبطال العقد : أولا — لعدم توافر الأهلية فى المتعاقدين أو فى أحدهما . ثانياً — لعيب فى الرضاء» . ولما تلى هذا النص فى لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه بصدد حالات منصوصاً عليها فى المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٠ فى الهامش) .

(*) بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها — كابيتان فى مقدمة القانون ص ١٤٤ ومابعدها — بنكاز تكملة مبسوط بودرى جزء ٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٤٥ ومابعدها — فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى ص ٣٦ وما بعدها — التلويح والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ ومابعدها — مرشد الحيران م ٢٦٨ — ٢٨٤ — شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ ومابعدها — مقال للأستاذ أحمد ابراهيم بك فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى — مقال للأستاذ عزيز بك خانكى فى بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ — ص ٢٠٧). مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) فى تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر فى المحاماة السنة الأولى — مقال للأستاذ أحمد نشأت بك فى العته الموجب للحجر فى المحاماة السنة الرابعة — والتون ١ ص ٣٤٧ ومابعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهــذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيده للمصريين كافة . أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التى ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) (١).

ونبحث فى إيجاز النظرية العامة فى الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التى وردت عنها فى القانون الجديد .

§ ١ — النظرية العامة فى الأهلية

١٤٥ — أهلية الوجوب : يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامى أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هى فى الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان — بعد أن أبطل الرق — شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب . وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى نظرة عامة فى الأهلية ما يأتى: «اكتفى فى أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلا للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من أثر فى صحة الرضاء . أما التفصيلات فموضعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة ١٢٩/١٨٩ من التقنين الحالى لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهى مسألة من مسائل التنظيم الموضوعى . أما المادة ١٣٠/١٩٠ من التقنين الحالى ، وهى الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه فى مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ — ١٣٢/١٩١ — ١٩٢ الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت فى المشروع مكانها الطبيعى ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين فى النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريان وردتا فى سياق قواعد البطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩) .

ليست فى الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق فى القوانين التى كانت تبيح الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدنى فى القوانين التى كانت تبيح ذلك ، وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية(١) .

---

(١) هذا وقد صدر حكمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية فى الرهبنة ويطبقها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٤ ص ٧٤٤) ، والحكم الثانى يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهبنة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهى مخالفة لقوانين الأهلية التى تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهبنة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لا بد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توهب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضى بأن الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجركية ، والقانون فى المادة ١٤ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن الرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لخدمتها . ويترتب على ذلك أن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . والحكم المطعون فيه إذ عد المطران مالكاً لما اشتراه وقت أن كان شاغلا منصبه الدينى لمجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ فى عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولا) ما يملكه الراهب قبل دخوله فى الرهبنة — وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهبنة عن ميراث أو وصية — فهنا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهبنة فإن ذلك يخالف النظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله فى سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهنا يكون ملكا للكنيسة ، لا لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التى تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن الكنيسة فى تملك هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد فى كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : «وليكن معروفاً ما للأسقف إن كان له شىء ، وليكن معروفاً ما للبيعة ، لكى ما يكون له سلطان على ما كان له ليطيع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الأسقفية فهو للبيعة ، ليس له أن يوصى فى شىء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام» .

١٤٦ — أهلية الأداء : وأهلية الأداء هى صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هى أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هى أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاماً . والذى يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هى المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ — عقود اغتناء ، وهى عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ — عقود إدارة ، وهى عقود ترد على الشىء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ — عقود تصرف ، وترد على الشىء لتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشترى . ٤ — عقود تبرع ، وترد على الشىء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبى المميز يصلح لمباشرة عقود الإغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هى حال الصبى غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ — تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها : الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هى ما عرفنا . أما الولاية على المال فهى نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب . كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولى له أهلية التصرف فى مال الصغير ،

بل يقال إن له ولاية التصرف فى هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف فى ماله ، ويرجع ذلك لنقص فى التمييز عنده. أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص فى الأهلية عنده راجع إلى نقص فى التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص فى التمييز عند الشخص الممنوع كما فى نقص الأهلية . ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله فى مرض الموت إلا فى حدود معينة ، وقد روعيت فى ذلك مصلحة الورثة . ومنع الزوجة فى بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها . وقد روعيت فى ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أجازت الورثة فى الحالة الأولى أو انفصمت عرى الزوجية فى الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال(١).

١٤٨ — الأصل فى الشخص أنه يكون ذا أهلية : والمفروض فى الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا

---

(١) وسنرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية فى هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانونى بوجه عام) فمن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمنا. وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن فى الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً فى بعض الأحوال فيسأل غير المميز عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف التحدث عن الأهلية فى هذه المواضع ، وقد جارينا هذا المألوف فى بعض الأحيان .

ما قضت به المادة ١٠٩ إذ نصت على أن «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون(١)» .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه (٢) . فإذا نجح فى إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذى صدر منه . ولايجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية (٣) . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ، فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه . وهذا ما تقضى به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون أهلا للتعاقد كل من لايقرر القانون عدم أهليته » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتى : « كل شخص أهل للتعاقد مالم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها» ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « مالم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » لأن القانون لايسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلا للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل فى الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طروء عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١٨ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ — ٢١ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥) — أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفى ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعة تقصيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس الحسبى استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثمانى عشرة سنة أن يتمسك بصحة عقد البيع ارتكاناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٢ . وانظر أيضاً محكمة بنى سويف الابتدائية فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢٤) .

احتيالية ليخفى نقص أهليته(١) » . ولا يكفى لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذى قضى به النص الصريح فى القانون الجديد كان القضاء المصرى يعمل به فى ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة (٢) .

١٤٩ — أحكام الأهلية من النظام العام: وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهليةغير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لايجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لايمنعه من التمسك بالبطلان » . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غفلا من نص يجيز لناقص الأهلية إبطال العقد ، فينبغى أن يثبت هذا الحكم فى صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتى : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لايجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن تستعيض عن عبارة « ومع ذلك لايجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته ألخ » بعبارة « ومع هذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته » . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاء القاصر (وغيره من ناقصى الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٣—ص١٣٨) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقد معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشترى أنه كامل الأهلية وهذا لايعدو أن يكون مجرد كذب لايستوجب مساءلة مقترفه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك مادامت الوقائع الثابتة فى الدعوى مؤدية فعلا إليه (نقض جنائى ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢) .

الانتقاص منها . وكل اتفاق على شىء من ذلك يكون باطلا . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها» .

٤ ٢ — أحكام الأهلية

فى القانون المدنى الجديد وقانون المحاكم الحسبية

١٥٠ — **العوامل التى تتأثر بها الأهلية** : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهى تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها أن تؤثر فى التمييز ، كالجنون والعته والغفلة (١) .

١ — تأثر الأهلية بالسن

١٥١ — **الأدوار الطبيعية فى حياة الإنسان** : الأدوار الطبيعية التى يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ — من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ — من سن التمييز إلى سن البلوغ . ٣ — من سن البلوغ إلى الموت

١٥٢ — **الصبى غير المميز** : تقدر سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه «ليس للصبى غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتى : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية فى تحديد ما يكون لانعدام أهلية الأداء أو نقصها من أثر فى صحة الرضاء » . ولما تلى هذا النص فى لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التى هى عليها لا تؤدى للمعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق فى هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتى : «ينظم الأهلية قانون خاص» . ثم رأت اللجنة حذف هذا النص والاستعاضة عنه بالمواد ١١٣ — ١١٨ فى المشروع النهائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ — ص ١١٣ فى الهامش) .

بجميع تصرفاته باطلة (١) ». فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أي عقد. وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضى المادة ٧ من من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن « للأب ثم للجد الصحيح (٢) الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة ». فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٣) ،

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التى تليها من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما الحكمة فى إيرادها هنا فى القانون المدنى ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن الشرع أرا بوضع هذه الأحكام فى صلب القانون المدنى عدم الرجوع إلى أحكامها فى الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط الشرع فى قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلا عن أنه يستفاد من المبادىء العامة التى نص عليها فى الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاما عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بسن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ — ص ١١٤) .

(٢) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولى تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٣) والظاهر أن قانون المحاكم الحسبية الجديد يقدم الجد على وصى الأب وإن لم يورد نصاً صريحا فى ذلك . وهناك خلاف فى المذهب الحنفى هل يتقدم الجد على وصى الأب أو وصى الأب هو الذى يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول، ويذهب الإمام الأكبر إلى الرأى الثانى . وكان القضاء المصرى فى مجموعه قبل صدور قانون المحاكم الحسبية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكبر ويقدم وصى الأب على الجد (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٦٧ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٧٤٧ — المجلس الحسبي العالى فى ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٣٧ . وانظر حكما قضى بعكس ذلك فقدم الجد على وصى الأب من محكمة الاستئناف الوطنية فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١٢ والقضاء ٢ ص ١٣٣) .

تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضى به المادة ١٥ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أنه «إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً» .

أما الحدود التى يتصرف فى نطاقها الولى والوصى فى مال القاصر فرسومة فى قانون المحاكم الحسبية وفى قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدنى الجديد إذ تنص على أن «التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى يرسمها القانون(١)» . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون» .

فللولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف ، حتى بالغبن اليسير ، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولى أن يباشرها ، إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة ٩ من قانون المحاكم الحسبية) . ويجوز للمحكمة أن تحد من ولاية الولى أو أن تسلبه إياها «إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر أو خيف عليها منه» (م ١٠ من قانون المحاكم الحسبية) .

وولاية الوصى — اختاره الأب أو أقامه القاضى — أضيق من ولاية الولى . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيجب إذن المحكمة فى القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة : فى إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى ، وفى إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفى استثمار الأموال ، وتصفيتها ، واقتراض المال للقاصر ، وفى الإنفاق من مال القاصر

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٢ — ص ١٣٣) .

على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة ، وفى الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . وفيما يصرف فى تزويج القاصر . (أنظر فى كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . ويباشر أهلية التصرف ولكن لابد دائماً من إذن المحكمة ، سواء كان التصرف فى أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عينى . ويدخل فى ذلك تحويل الديون التى تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه . والتنازل عن التأمينات أو إضعافها . والصلح والتحكيم . ورفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر فى كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصى أن يباشرها ولو بإذن المحكمة ، وإلى هذا تشير المادة ١٨ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن «تصرف الوصى فى مال القاصر بطريق التبرع باطل» .

١٥٣ — الصبى المميز : يعتبر الصبى مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٦ على أنه «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» . ويقرر القانون فى المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبى المميز على النحو الآتى :

«١ — إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً» .

«٢ — أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون (١)» .

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وعدلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تعديلا طفيفا بأن حذفت عبارة وردت فى النص الذى وضعته لجنة المراجعة وهى «وكان غير مصاب بجنون أو عته» ، والعلة فى ذلك أن الجنون والعته لهما أحكام خاصة تطبق فى جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٥ — ص ١١٦) .

ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا فى الحدود التى قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولى أوالوصى فى الحدود المتقدم ذكرها فى حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون (١) ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون (٢)». والقانون هنا هو قانون المحاكم الحسبية . وقد نص فى المادة الثانية منه على ما يأتى : «ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن لا يجوز له أن يجدد طلبه قبل مضى سنة من وقت صدور القرار النهائى بالرفض». وتكفلت المادة الثالثة برسم الحدود التى يتصرف فى نطاقها الصبي المأذون ، فنصت على أن «للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة بما فى ذلك أعمال الصيانة الضرورية لحفظ الأموال المسلمة إليه . ويدخل فى أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الإدارة كبيع الحاصلات

---

(١) كان قانون المجالس الحسبية القديم يقضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف جازله تسلم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمنع من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فالنص يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بجنون أو عته» كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٧ — ص ١١٩) .

وشراء ما يلزم للزراعة (١) . ولا يجوز له بغير إذن من المحكمة أن يزاول أعمال التجارة أو أن يؤجر المبانى أو الأراضى الزراعية لمدة تزيد على سنة . وكذلك ليس له أن يستوفى حقاً أو أن يوفى ديناً إلا إذا ترتبا على أعمال إدارته. ولا يجوز له أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً . ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفى التقاضى فيه(٢) » .

ويستثنى كذلك الصبى المميز فى إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة السادسة من قانون المحاكم الحسبية على أن «للقاصر متى بلغ السادسة عشرة الحق فى أن يتولى إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص . ولا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال دون غيره من أمواله الأخرى » .

١٥٤ — **البالغ الرشيد** : تقضى المادة ٤٤ من القانون المدنى الجديد بأن « ١ — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ — وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة(٣) ». وهذه السن عامة لجميع المصريين ،

---

(١) يؤكد هذا النص ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدنى الجديد ، وهى تنص على ما يأتى : «ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشىء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله» . ويلاحظ أن نص قانون المحاكم الحسبية قد أورد قيوداً على الحق فى الإيجار والحق فى استيفاء الحقوق ووفاء الديون .

(٢) وقد قضت المادة ٤ من قانون المحاكم الحسبية بما يأتى : «على المأذون له بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الولى أو الوصى ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها» . وقضت المادة ٥ بما يأتى : «إذا قصر المأذون له بالإدارة فى تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب تدعو إلى احتمال وقوع ضرر له ، جاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد ذوى الشأن ، أن تحد من الإذن المعطى للقاصر أو تسلبه إياه بعد دعوته لسماع أقواله» .

(٣) وقد نصت المادة الأولى من قانون المحاكم الحسبية على أن «القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة كاملة» . وتحسب السن بالتقويم الميلادى . ويجب أن تكمل إحدى وعشرون سنة ، فلا يكون الشخص كامل الأهلية إلا عقب انقضاء آخر فترة من هذه المدة .

مسلمين أو غير مسلمين . فمتى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أى كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أوعته أو غفله أو سفه (١) ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً . فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال (٢) . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفيهاً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة له قيماً قد يكون غير الولى أو الوصى .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته . وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية . كذلك يقع باطلا كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصى من القاصر الذى بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً فى الحساب (أنظر المادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية ، وهى التى سنتكلم عليها فيما يلى .

---

(١) أو لأنه لا يؤمن على أمواله (أنظر المادة ٢١ من قانون المحاكم الحسبية) .

(٢) وقد قضت المادة ١٣ من قانون المحاكم الحسبية بأن «تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة مالم تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية لسبب من أسباب الحجر ، إلا إذا بلغها معتوهاً أو مجنوناً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة» . وقضت المادة ٣٠ بأن تنتهى مهمة الوصى «ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغ هذه السن استمرار الوصاية أو مالم يبلغها معتوهاً أو مجنوناً . فتستمر الوصاية عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرار الوصاية» .

ب — تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن

(عوارض الأهلية)

١٥٥ — حصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان سن الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص فى التمييز فى دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسنرى أن من يغيب غيبة منقطعة يقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائى . وهذا كله لا يدخل فى الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ — المجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدنى الجديد على أن «المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون (١) » . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون المحاكم الحسبية . وقد قضت المادة ٤٢ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم » . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيما ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدنى الجديد إذ تنص على ما يأتى :

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بعد عبارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١١٩ — ص١٢١)

« ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » .

« ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها(١) » .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصى وحده ، ويستأذن المحكمة فى التصرفات التى يستأذن فيها الوصى ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التى لا يستطيع مباشرتها الوصى . وكالقيم على المجنون وصيه. أما الولى على المجنون فمثل الولى على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ — المعتوه : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولى أو وصى . والقيم على المعتوه ووليه ووصيه كالقيم على المجنون ووليه ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه فى ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون .(٢) وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٢١ — ص١٢٣) .

ويلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر — إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر — إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن العته يعدم إرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة، من وقت ثبوته . ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه لسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٥٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد) .

الصبي المميز . وقد سبق بيان ذلك(١) .

١٥٨ — ذو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدني الجديد على أنه « إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز ، فتثبت لهما أهلية الاغتناء ، وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز ، وتنعدم أهلية التبرع .

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرا من السفيه أو ذي الغفلة وأذنته المحكمة

---

(١) أنظر في كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدني الجديد ، وقد سبق ذكرها — هذا وقيام حالة العته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته وقت التعاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تنتابه نوبات عصبية ويتهيج في بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً للعته والسفه بعد تعاقده ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان معتوهاً في ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٣٥٣) . ونعل محكمة النقض قد تأثرت في هذه القضية بأن التعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع في أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا التشدد في استخلاص قيام العته ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعتهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف «هل كانت حالة المريض حالة عته قانوني يلي الجنون في الدرجة» ، فأجاب بأنه «لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيته وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد» ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلاً عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطي الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للقضاء في ضوء ما يبديه الطبيب (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٢٨) .

فيهما . وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن «يكون التصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك» . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذى رأيناه فى الصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة وفى الحدود التى سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة فى هذا الصدد على السفيه إذ تنص على أن «تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون» ، فإن المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تشمل كلا من السفيه وذى الغفلة إذ تنص على أنه «يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يقف أمواله أو يوصى بها متى أذنته المحكمة بذلك، وكذلك يجوز له بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، فإذا أذنته المحكمة بذلك سرت عليه أحكام المواد ٣و٤و٥ من هذا القانون (١)» .

هذا هو حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحة ، لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهـذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادىء العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلا (٢) .

لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله . فى هاتين الحالتين — حالة التواطؤ وحالة الاستغلال — يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال

---

(١) يلاحظ أن مشروع القانون المدنى سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية إلى مجلس الشيوخ ، فلم يتمكن هذا المجلس من التنسيق ما بين القانونين فى هـذه المسألة ، فوجب إعمال نصوص كل منهما .

(٢) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص١٩٧ .

الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى فى ظل القانون القديم (١) ، وأكده القانون الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتى : وأما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال

---

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٤٥ — وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ٦٦١ — محكمة استئناف أسيوط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص٦٣٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ — وفى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ . محكمة الجيزة فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ ص٥٠٢ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص ٣٤١ هامش ٣ — واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : نقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ — ص ٤٩٢ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه وفى فترة طلب الحجر ، واستدلت بها على أن المشترين غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لاينكشف أمرهم ، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكى يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسبى بالحجر ، فاتفاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هنا على مقدمات تنتجه وهى قيام التواطؤ بين التصرف لهم والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للأثراء من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته — ومتى كانت القرائن التى أخذت بها محكمة الموضوع فى إثبات علم المشترى بحالة سفه البائع مؤدية عقلا إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع ، فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسبى توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشترى إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يبأ وتمم الشراء بالعقد العرفى عن طريق عقد رسمى ، وقرر المجلس الحسبى بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ، وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفى قبل الحجر ، وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشىء البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفى قبل أن يعلم المشترى بإجراءات الحجر ، ولم يكن العقد الرسمى اللاحق إلا تنفيذاً للعقد العرفى السابق .

إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ(١) » .

وينصب القيم على السفيه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيها أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفيه وذى الغفلة كولايته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر ، وقد تقدم ذكر ذلك (٢).

١٥٩ — الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية ، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور ، وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية .

فالغائب، كما نصت المادة ٥٠ من قانون المحاكم الحسبية ، «هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه

---

(١) تاريخ المادتين ١١٥و١١٦ من القانون المدنى الجديد : (أولا) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ — (ثانياً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى ، وكان مقصوراً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توخياً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بناقص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٢٣ — ص١٢٨) .

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : «إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار» . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٢٦ — ص١٢٧ فى الهامش) .

(٢) ومن ثم فقد نصت المادة ٤٥ من قانون المحاكم الحسبية على أن « تصرف القيم فى مال المحجور عليه بطريق التبرع باطل » . ونصت المادة ٤٦ من هذا القانون على أنه « يسرى على القيم حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على القوامة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » .

أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره» . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ «الغائب» لا لفظ «المفقود» لأن اللفظ الأول ينطوى على معنى أعم من المعنى الذى ينطوى عليه اللفظ الثانى . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحى هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٥١ من قانون المحاكم الحسبية بأنه «إذا ترك الغائب وكيلا عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت غيره » . ثم قضت المادة ٥٣ من هذا القانون بأن « يسرى على الوكيل عن الغائب حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على الغيبة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » . وقضت المادة ٥٢ من القانون ذاته بأن «تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩» .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيما تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختر أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى(١)

---

(١) وقد جاء فى كتاب « شرح القانون المدنى » لفتحى زغلول (ص ٣٧ — ص ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفيه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .

١٦٠ — المساعدة القضائية . وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدني الجديد ، فنص في المادة ١١٧ على ما يأتي :

« ١ — إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » .

« ٢ — ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (١)» .

أما قانون المحاكم الحسبية فقد نص في المادة ٤٧ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك» . ونصت المادة ٤٨ من هذا القانون على أنه «يكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها يصدر من الشخص الذي حكم بإقامة مساعد قضائي له بغير معاونة هذا المساعد ، إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة » . ونصت المادة ٤٩ من القانون ذاته على أنه «يسري في تعيين المساعد القضائي وفي عزله ما يسري في تعيين القيم وعزله من أحكام . وكذلك تسري على المساعدة الأحكام الأخرى الخاصة بالقوامة » .

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتي : « يكون قابلا للابطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد في المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية في بيان حالة من تجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال قاصراً على التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذين الاقتراحين لأن أولهما يرمي إلى استكمال الأحكام الموضوعية في التقنين المدني فيما يتعلق بنواقص الأهلية ، والثاني يقيد النص تقييداً انصرفت إليه نية واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ — ص١٣١) .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تتقرر لاجتماع عاهتين فى الجسم من عاهات ثلاث : العمى، والبكم، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تتقرر له المساعدة القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعى عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تتقرر لتصرف بالذات أو المجموع من التصرفات المعينة، وينظر فى ذلك إلى ظروف من تقررت مساعدته وإلى خطر ما تقررت المساعدة القضائية فيه أو إلى وقته . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلا للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة،إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائى يعين ويعزل وفقاً للأحكام التى تتبع فى تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثانى

عيوب الارادة

(Vices du consentement)

١٦١ — حصر عيوب الارادة : اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حذف فى المشروع النهائى ، وقد جرى بما يأتى : « لكل من شاب رضاءه غلط أو تدليس أو انتزع رضاؤه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية[1] » .

---

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وكانت المادتان ١٩٣/١٣٣ من القانون المدنى القديم تنصان على أنه « لايكون الرضاء صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس » — هذا ولما تليت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التى تقررها منصوص عليها فى المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤١ فى الهامش) . =

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة. فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة . ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة

= وننقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن عيوب الإرادة ، ومنها يبين ما استحدثه القانون الجديد : « تتضمن النصوص المتعلقة بالغبن أهم ما استحدث المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء . فقد اقتفت هذه النصوص أثر التقنينات الجرمانيــة والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وجعلت من الغبن سبباً عاماً لبطلان التصرفات وانتقاص العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن إعماله ينتهي إلى تحكم القاضي . بيد أن في سابقات التشريع ما يحمل على التغاضي عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . فالتقنينات الحديثة ، وفي طليعتها التقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولوني والتقنين اللبناني والتقنين الصيني والتقنين السوفييتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعته المحافظة ، تجعل جميعاً من الغبن سبباً عاماً للبطلان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضي في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضي الذي يتولى في حياته اليومية تقدير الغلط الجوهري والنية الحسنة والباعث المشروع والضرر الجسيم والباعث المستحث وما إلى ذلك . على أن النص في الغبن بوجه عام لا يستتبع اطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر فيها عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الكم محل الكيف ، كأحوال الغبن في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة — ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزئية الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، تواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصري الحالي ، كالغلط المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلا يكفل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقنين الحالي (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى كسكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعي في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه ، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر في صحة العقد . وقد قضى المشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض المعيب الذي تنطوي عليه نصوص التقنين الحالي (القديم) ... بأن احتكم إلى معيار شخصي بحت ، مع الاعتداد بجنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة ما يقع عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٩ — ص ١٤٠) .

تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل. ويترتب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالا وثيقاً . فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل .

ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط فالتدليس فالإكراه فالاستغلال .

١ § — الغلط (*)

(L'erreur)

١٦٢ — تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا

(*) بعض المراجع : ريكاردوفيبيني (Riccardo Fubini) في المجلة ربع السنوية ١٩٠٢ ص ٣٠٦ — جوسران في الباعث في الأعمال القانونية ص ٣٠ وما بعدها — موري (Maury) : الغلط في المادة في عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان ص ٤٩١) — جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ ص ١١٥ — سيليس (Colice) باريس سنة ١٩٢٢ — جودفروي (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ — موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ — فهمي نور ليون سنة ١٩٢٦ — مارث فورنييه (Marthe Fournier) ديجون سنة ١٩٣٦ — دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ ص ٣١ — والتون ١ ص ٢٢٨ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١١١ وما بعدها — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٢ وما بعدها .

التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط ، ولا يقف عند نوع معين منها. والذى نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغى أن نمحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التى تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ — الغلط المانع : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية فى الفقه الفرنسى ، فى ماهية العقد ، كما إذا عطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو فى ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداهما والمشترى يعتقد أنه يشترى الأخرى ، أو فى السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففى الأمثلة التى قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضى إذن غير موجود ، والعقد باطل أى منعدم . وهذا هو الذى يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضى لا بصحته ، ونحن الآن فى صدد صحة التراضى بعد أن فرغنا من الكلام فى وجوده .

١٦٤ — اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام فى الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً فى عيوب الإرادة (١) ، بل كلام فى الإرادة ذاتها ، أى فى وجودها لا فى صحتها . فيجب

---

(١) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للارادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذى صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهازل والشخص الذى يضمر غير ما يظهر فى حالة التحفظ الذهنى (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً فى غلط .

استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث (١).

١٦٥ — الغلط فى النقل أو فى التفسير : والغلط الذى يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذى يقع وقت تكوّن الإرادة (erreur sur la formation de la volonté). وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط فى النقل (erreur de transmission) ، أو يقع فى تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها، وهذا ما يسمى بالغلط فى التفسير (erreur d'interprétation) . والفرق بين الغلط الذى يقع وقت تكوّن الإرادة والغلط الذى يقع فى النقل أو فى التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة (٢) .

---

(١) وقد يقع الغلط فى الإرادة الظاهرة كما يقع فى الإرادة الباطنة . والغلط الذى يقع فى الإرادة الظاهرة ليس هو مغايرتها للإرادة الباطنة، بل هو غلط يقع فى التعبير عن الإرادة ذاته أى فى الإرادة الظاهرة . ويأتى سالى بمثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيعك الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط فى الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو المعيب ، فقال أبيعك الحصان الأبيض ، كان هناك غلط فى الإرادة الباطنة لا فى الإرادة الظاهرة . والقانون الألمانى يجعل العقد قابلا للابطال لكل من هذين النوعين من الغلط (أنظر فى هذا الموضوع سالى فى إعلان الإرادة ص١١ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف ص٣٠٩ هامش رقم ٤) .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى بما يأتى : «تسرى الأحكام الخاصة بالغلط فى حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرفة» . وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى «لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٦٦ — ص ١٦٧ فى الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوهم أن الغلط فى النقل أو فى التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً فى عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة فى حالة التحريف فى النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألمانى)، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هى الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ فى الهامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تمشياً مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تمشياً مع نظرية الإرادة الظاهرة، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مسئولا نحو المتعاقد الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل الغلط فى النقل مجرد الغلط فى الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر فى =

١٦٦ — الغلط الذى يعيب الإرادة: ويبقى . بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط ، الغلط الذى يعيب الإرادة . وهو الذى يعنينا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع فى تكوين الإرادة لا فى نقلها ولا فى تفسيرها ؛ وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر فى الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر فى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذى يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا أعدم التراضى كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون

= انعقاد العقد ولا فى صحته . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه «لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط» (أنظر المادتين ٥٣٦/ ٦٠٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب فى عقد الصلح — وقد ورد نص القانون الجديد فى المشروع التمهيدى تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٢٣ ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٤ — ص ١٦٦) . والقضاء المصرى مضطرد فى هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية فى أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٣٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ — وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ — وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ — وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها ما دام عملا متفقاً عليه فى أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى تم عمل المقاس والحساب عملا ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدنى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التسامح الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها إرادة المشترى مع إرادة البائع ، وأن ما جاء فى العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء (نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣) .

غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسى يستكن فى الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولا) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع . ٢ - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط (١) .

١ — متى يكون الغلط جوهريا وعلى أى شىء يقع

١٦٧ — معيار الغلط الجوهرى فى القانون الفرنسى وكيف تطور من معيار موضوعى الى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة العاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلا . أما الغلط الذى يجعل العقد قابلا للإبطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشىء محل الالتزام الناشىء من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى بالغلط الواقع فى مادة الشىء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١ - غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام . ٢ - غلط فى قيمة الشىء محل الالتزام . ٣ - غلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ - غلط فى الباعث على التعاقد .

---

(١) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

ولكن القضاء فى فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء فى ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز مابين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع فى قيمة الشىء أو فى الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر فى صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع فى مادة الشىء ومع ذلك لا يؤثر فى صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع فى مادة الشىء أو فى قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط فى صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، وتستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً فى صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك فى جميع الحالات . تبعاً لملابسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى نراه واضحاً فى تفسير عبارة «الغلط فى مادة الشىء ذاتها» الواردة فى المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون فى العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكون منها الشىء ، ومادة الشىء هى مجموع الخصائص التى تدخله فى جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به پوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء فى عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى فى تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء فى هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ — ١١٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٠٧ .

ورو (١) ، فقد أخذا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فذهبا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعارف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه (٢) . واقتفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها (٣) ، وذهبت الأساتذة بلانيول وكولان وكابيتان وجوسران إلى هذا الرأي (٤) .

فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكوّن مادة الشيء في ذاته . فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهنا غلط في «مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطا في الصفة المعتبرة عنده : فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء في فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualité substantielle) : أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشيء الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في

---

(١) أنظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٢) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤ .

(٤) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨١ — جوسران ٢ فقرة ٦٩ — فقرة ٧٢ .

حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

١٦٨ — معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي :

وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤/١٩٤ من القانونين الوطني والمختلط تنصان على أن «الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد» ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : «متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل محل اعتبار في الشيء عند التعاقد» (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي ، وقد نقلت لا عن نصوص القانون الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره (١) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له

---

(١) أنظر في الفقه المصري دي هلتس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ — هالتون ١ ص ٣٨٧ — فتحي زغلول ص ١٣٢ — والتون ١ ص ١٦٥ — ص ١٦٦ — الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ١٢٧ — الدكتور محمد صالح بك في الالتزامات فقرة ٢٦٨ — الدكتور محمد وهيبة في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١١٦ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٠٦ وما بعدها .

وانظر في القضاء المصري محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ — محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ — محكمة الجيزة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ — وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م٥ ص٥٦ — وفي ٧ نوفمبر سنه ١٩١٠ م ٢٣ص ٢٦ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١م ٢٣ ص ١١٩ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١م ٢٣ ص ٣٢٥ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ — وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

أن يطلب إبطال العقد ... (١) » . ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : «١ – يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ٢ – ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : ا) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد (٢) » .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتى . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى يبلغ ، فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط . فهو إذا وقع فى صفة للشىء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية فى اعتبار

(١) أنظر المادة ٢٣ من قانون الالتزامات السويسرى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يلى عند الكلام فى الغلط المشترك وفى الغلط الفردى (فقرة ١٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع الطرف الذى وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط وقدر الأمور تقديراً معقولا . ٢ – ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص فى الأحوال الآتية : ا) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . ب) إذا وقع فى ذات الشخص أو فى صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . ج) إذا وقع الغلط فى أمور يعتبرها المتعاقد الذى يتمسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضى به النزاهة فى التعامل » . وحذفت لجنة المراجعة الجزء (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحالة مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «وقدر الأمور تقديراً معقولا» من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضى . وحذفت عبارة «السبب الوحيد» من الفقرة الثانية حرف (ب)

المتعاقدين ، وإذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتى يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها فى بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشىء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان — إذا لم نهتد من طريق آخر — إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشترى أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر فى الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر فى الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشترى إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ — على أى شىء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لافى صفة الشىء وفى الشخص فحسب ، بل أيضاً فى القيمة وفى الباعث (١) . والعبرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع فى هذا أو فى ذاك . ونستعرض الآن الغلط فى هذه الأحوال المختلفة .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢١ ما يأتى : « ويبنغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهريا . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى فى هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت فى نصوص المشروع : ١) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . وفى هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بعامل شخصى هو حسن النية وبعامل مادى قوامه الظروف التى لابست تكوين العقد . ب) والثانى يتصل بالغلط الواقع فى ذات شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . والمعيار فى هذا =

١٧٠ — الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى وصف الشىء ، فإن الغلط لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد كما قدمنا . وفى القضاء المصرى فى ظل القانون القديم — والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا — أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذى أعطته الحكومة فى استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوى إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوى على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطلانها يجوز إبطاله للغلط الذى وقع فيه المشترى بشأن صفة جوهرية فى الشىء المبيع(٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدى إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع (٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشىء (٤). وقضت بأن بيع شىء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع ؛

= الغرض شخصى بحت . (جـ) والثالث خاص بالغلط الواقع فى أمور يعتبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضى به النزاهة فى التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حذفته لجنة المراجعة كما قدمنا فى تاريخ نص المادة ١٢١) . وقد تنطوى صورة الغلط فى الباعث فى هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعى أو مادى بحت ، هو عنصر نزاهة التعامل . ويتضح من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصى بحت ، إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصى والمادى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٣) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .

(٢) ٧ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ — جازيت ١ ص ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — وانظر حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ — وحكماً ثالثاً فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

ولا يلتزم المشترى برفع دعوى الإبطال فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى فى ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (١) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل فى هذه الحالة (٢) . ولكن لا يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع أن يقع خطأ فى بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض فى خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٣). ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلا للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٤) .

١٧١ — الغلط فى شخص المتعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع فى العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع فى ذات المتعاقد إذا كانت هى محل الاعتبار ، كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هى الدافع

---

(١) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ — وانظر حكماً آخر فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى التمييز ما بين الغلط فى الشىء والعيب الخفى فيه نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى العيب فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٣٢٤/٤٠٢) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .

(٢) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك، وكأن يؤجر شخص منزلا لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبة فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها فى المنزل ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع فى عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر فى فنه (١) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتى ، وهو المعيار الذى يطبق فى جميع نواحى نظرية الغلط .

١٧٢ — الغلط فى القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر فى صحة العقد . أما إذا سايرنا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط فى قيمة الشىء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط فى قيمة الشىء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذى يطالَب به ، بأن صاحب البضاعة فى هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل (٢) .

---

(١) أنظر فى هذه الأمثلة وفى غيرها نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٠ — فقرة ٣٦٢ .

١٧٣ — الغلط فى الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثانى لا أثر له فى صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب فى نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط فى السبب بمعناه التقليدى ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصة فى العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط فى السبب (١) . أما الغلط فى الباعث ، وهو الذى

= وقبل ممثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه العملة معتقداً أن الاتفاق يعطى المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملة المصرية ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملتين فى اليوم الذى كشف فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٧٦) . كذلك إذا استوفى الدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين فى كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٣٥) . أنظر أيضاً فى الغلط فى القيمة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٢٤ ، وفى الغلط فى القيمة فى عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٦١ — وحكماً ثانياً فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١٠٣ — وحكماً ثالثاً فى ١١ يونية سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى تقضى بغير هذا المبدأ فى نظرية العقد للمؤلف ص٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط فى القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضرورى أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع فى غلط بالنسبة إلى قيمة الشىء الذى يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشىء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

(١) أنظر ما جاء فى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط فى الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثانى جزءاً من الشىء الموصى به دون الباقى ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وأن موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن للوصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . فنى الحالة الأولى ينازع الوارث فى الوصية وينتهى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقى فى أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشىء الموصى به . فالغلط هنا يقع فى الباعث . أما فى قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينازع فيها ، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملا بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع فى السبب بمعناه التقليدى .

لا يؤثر فى صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه فى مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطعن فى البيع بدعوى أنه صدر منه وهو فى مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهى المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن فى البيع بالغلط فى الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى ، كان الغلط فى الباعث فى هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية فى السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية فى الغلط . فلا يزال الغلط فى السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فيجعل العقد قابلا للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة فى الغلط ، ولا يؤثر فى صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية فى السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط

---

(١) ومن أمثلة الغلط فى الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلا فى مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً فى الباعث ، وينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد وإلا تعرض التعامل لخطر الزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض التعامل للزعزع فى مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط فى الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسنرى فيما يلى أن الغلط الذى يجعل العقد قابلا للإبطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعزع التعامل فى شىء أن يطلب مشترى السيارة أو مستأجر المنزل ، فى المثلين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشترى فى المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التى دفعت المشترى إلى الشراء إنما هى واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — وما دام المستأجر ، فى المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه نقل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

فى السبب يختلط بالغلط فى الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا والغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط فى كل من السبب والباعث — فهما شيء واحد فى النظرية الحديثة فى السبب — من شأنه أن يجعل العقد باطلا ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما فى الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة فى السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة فى الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع فى الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط فى السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلا ، والغلط فى الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقى السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلا ، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلا للإبطال (١) .

---

(١) أنظر فى التوفيق ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثانى فقرة ٢٠٥ وفقرة ٢٩٩ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ — أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى فى هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٣٠ — الدكتور محمد وهيبة فقرة ٢٦٠ وفقرة ٣١٨ — قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ — وقارن والتون ١ ص ٥٢ — ص ٥٣ — ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط فى الباعث (فى ظل القانون القديم) لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية فى الشيء أو فى الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يتبين أن نظرية الغلط هى نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبى (قابلية العقد للابطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ — ص ٢٣٤) .

هذا التناقض المعيب توقاه القانون المصرى الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب . وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط فى كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلا ، فالسبب الذى يجعل العقد باطلا فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (١) .

١٧٤ — الغلط فى الواقع والغلط فى القانون : وفى كل ماقدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى . سواء وقع الغلط فى الشىء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون . فما دام جوهرياً . أى مادام هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلا للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون

= التطور . فقد كان سائدا فى ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى على ذلك أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية فى الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط فى الباعث يؤثر فى صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى والغلط فى الباعث ، فلا زال الغلط فى الحالة الأولى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الحالة الأخرى فأثره بقى مختلفاً عن أثره فى الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلا للإبطال . إلى هنا بقى التمييز سليما ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هى أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث فى النظرية الحديثة ، صار متعيناً أن نجعل حكم الغلط فى السبب هو حكم الغلط فى الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقى الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالا إلى ما حدث من التطور .

(١) وسنرى عند الكلام فى نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط فى السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط فى الباعث فيكون العقد قابلا للإبطال فى الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط فى السبب بمعناه التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سنرى عند الكلام فى السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلا كما أسلفنا القول .

المدنى الجديد إذ تقضى بما يأتى : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره (١) » . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلا للإبطال (٢) .

والذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عـــذراً ، أو كما يقولون : «لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون» (Nul n'est censé ignorer la loi). ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العـــام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر فى ذلك . ويدخل

---

(١) تاريخ النص : ورد هـــذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع ، يجعل العقد قابلا للبطلان مالم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلا فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المـــادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩ — ص ١٦٤) .

(٢) دى هلتس لفظ (convention) فقرة ٦٠ — والتون ١ ص١٨٦ — ص ١٨٩ — الدكتور محمود وهبية فقرة ٢٦٢ — الدكتور عبد السلام ذهنى بك فقرة ١٢٠ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٣ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشيء يفسد الرضاء لا فرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥م٢٧ص٣٤٤). وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة المالك لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلـــط فى القانون (١٤ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة . بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون(١) » .

---

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢٢ ما يأتي : « قصد المشروع ... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبي استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبي ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلا في عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصري على ذلك : أنظر استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذي يحتج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ — وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ — وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأي خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجري تعامل الناس على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأي آخر ، ففي مثل هذه الحالة يجدر اعتبار =

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون (١).

ب — كيف يتصل علم المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ — الغلط المشترك: لم نعرض في كل ما قدمناه إلا المتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري.

= الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمي نور ص ٧١ — ص ٧٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد منكوبي حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية ١٥٠ جنيها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أي حق في مطالبتها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسئولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذي يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسئولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسئولية لا يقطع بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر ، ويتعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (نقض مدني في ٣ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤) .

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ — جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩ .

ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتى ، وكثيراً ما يكون جاهلا بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل فى سريرته فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكفى ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن المتعاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فى هذا الغلط ، ثم تبينت الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلا أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشترى يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشترى طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشترى وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع ، فلايكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلا للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشترى .

هذه هى نظرية الغلط المشترك ، وهذه هى الحجج التى يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتمشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولايمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط. فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لاتتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن المتعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترسلا فى غلطه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط فى مثل هذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلا أن يبطل العقد فى حالة اشتراك الطرفين فى الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر فى وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردى ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

١٧٦ — الغلط الفردى الذى يتصل به المتعاقد الآخر : يكفى إذن أن يكون الغلط فردياً[(١)] . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك فى هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد ، فهى تنص على أنه «إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى ،

---

(١) وقد سارت محكمة النقض فى هذه النظرية إلى النهاية ، فاكتفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقعاً فى غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشارطة ، حكم له ببطلانها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشارطة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغالط حقاً فى تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسئولية . فإذا قضى الحكم ببطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقته على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه (نقض مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) . ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقد العادى . فهى إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) » .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقد الذى وقع فى الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن نبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له فى ذلك ، والمخطىء هو المتعاقد الأول الذى أهمل فى كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض فى هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً (٢) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى وقت إتمام العقد ، فيجوز له أن يتمسك بالبطلان إن كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بعوقه إلى الوقوع فى الغلط ، أو كان واقعاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة « ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بعوقه إلى الوقوع فى الغلط » لأن هذه العبارة تفترض حالة يندر وقوعها وإذا وقعت أمكن أن تندرج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحذفت عبارة « وقت إتمام العقد » لعدم ضرورتها . وأصبح رقم المادة ١٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أقرها مجلس النواب وأصبح رقمها ١٢٠ ، وقالت فى تقريرها ما يأتى : « اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردى فى إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من الادعاءات والمفاجآت انعقد الإجماع على وجوب توقيها . ونص المشروع فى الغلط يتمشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهى تؤدى إلى تحصيل نفس النتائج التى يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى ، هذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهى بعد تستعرض فروضاً مختلفة فى الغلط إذا كانت تشترك جميعاً فى أن الغلط فيها مبطل العقد فإنها تختلف فى بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشترى كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشترى بالغلط فالبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سيىء النية ويلزم فوق إبطال العقد بالتعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشترى وقد يكون فى الظروف فى هذه الحالة ما يجيز اعتباره مقصراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التقصير » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٠ — ص ١٥٤) .

(٢) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض . إذ أن العقد هنا لم يتم على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد . بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى =

لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً (١) . ويخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لاتتنافى مع استقرار التعامل، ذلك لأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلا للزعم بأنه فوجىء بطلب إبطال العقد . فقد ثبت (٢) أن هذا المتعاقد الآخر كان

= أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذى تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد فى كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة .

وواضح فى كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتددنا بالإرادة الظاهرة لتمام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ فى الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردى كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر مادام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين للمفلس فى ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التى اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لاتسلم بجهل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠) .

(٢) والذى يدعى الوقوع فى الغلط هو الذى ينهض بعبء الإثبات . ويثبت وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذى وقع فيه غلطاً لا يغتفر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر (erreur excusable) والغلط غير المغتفر (erreur inexcusable) . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لايتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو فى الثانية سيء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو فى الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال (١) .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط

---

(١) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى كانت تنص على حالة رابعة أغفلها المشروع النهائى لأنها تندرج فى الحالات الأخرى ، وهى حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جر المتعاقد الأول بعوقفه إلى الوقوع فى الغلط .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين فى مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بنفس العاقدين معاً ، والاجتزاء بالغلط الفردى . وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط ، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجوب تعويض هذا المتعاقد ، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألمانى ... ما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلا من أن يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهيأ بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد ... هذا وينبغى التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذى يجيز إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحاً «بالغلط المغتفر» . ويصبح الغلط «غير مغتفر» ، ولا يؤدى بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثانى) أنه لا يقصد بعلم العارف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعا إلى إبرام العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣) .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد ، باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذه قرائن موضوعية لإثبات الغلط فى ذاته ، قد تخفف من النزعة النفسية المغرقة التى تميز نظرية الغلط فى المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة فى هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة فى استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء فى مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التى تثبت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط . فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به فى وقت واحد .

على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول(١) .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد ، هى ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠. هذا، وحتى يتيسر المتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو الباعث الذى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشيء ، حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واهما فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالما عما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

ونص القانون الجديد واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً فى ذات الغلط الجوهرى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد (dans le champs contractuel) . وكان من الممكن أن يقف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى الذهن صورة عملية من هذا الضابط. فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير ، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظرى منها إلى التشريع العملى .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالحالة الأولى ، وهى حالة الغلط المشترك ، لا محل فيها للتعويض على المتعاقد الذى وقع فى الغلط . وبحسبه أن يبطل العقد ، ما دام المتعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان — وهما حالة علم المتعاقد الآخر بالغلط وحالة سهولة تبينه الغلط — فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية المتعاقد الآخر فى حالة علمه بالغلط ، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط . (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب منالا فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

١٧٧ — تطبيق الغلط الذى يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال

الغلط المختلفة : ويحسن أن نطبق نظرية الغلط الذى يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة — الغلط فى الشىء والغلط فى الشخص والغلط فى القيمة والغلط فى الباعث — حتى نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط فى الشىء ، وكان فى صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلا أن الشىء الذى اشتراه أثرى ، وجب على المشترى إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشىء الذى ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان

---

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان فى استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتى : «إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً ، فلا يجوز له أن يرفع دعوى ببطلان البيع للغلط لأنه كان يجهل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط فى هذه الحالة يكون فى الباعث له على التعاقد لا فى سببه . والغلط فى الباعث لا أثر له فى صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذى يعيب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثه الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر فى صحة العقد هو الحاصل فى الدافع الرئيسى إلى التعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للتفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاصم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ فى تسديد الدين فعلا ، وأنه فى سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسدد ما اعتقد أنه باق من الدين فى ذمته ، دون أن يعنى بتحقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو فى دخيلة نفسه يتحمل تبعة ما ينجلى عنه الواقع ، فى هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلا للغلط إذا أخلف الواقع ظنه ، لأن الواقع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذى يجول فى خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة» (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٩ رقم ١٠٤ ص١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشترى من الوارث لم يشترك فى هذا الغلط الواقع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى حين النتيجة عن طريق قانونى سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً فى إبراز المعنى الصحيح حين قالت : «لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع فى غلط ما دام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده» (أول يونيه سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٧١) ، وانظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٢٦) .

يظن مثله أن الشيء أثري وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثري . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثري . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم، بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالما به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما اذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفي ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في

فى مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردى لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التى بيناها .

١٧٨ — التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد اشتمل القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتى فى الغلط . فقضت المادة ١٢٤ بما يأتى : «١ — ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ — ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد(١)» .

ويتبين من هذا النص أن أى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أنها متفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع النفقات التى يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التى قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط فى هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشترى إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق

وقد أورد الشق الثانى من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو فى المادة ١٧١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٦٦ — ص١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٢٨ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ .

ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشترى عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصى العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراءه(١) .

٢§ — التدليس (*)

(Le dol)

١٧٩ — علاقة التدليس بالغلط: التدليس هو إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٤ ما يأتى : «أبيح لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولا . تلك هى علة حق التمسك بالبطلان ، وهى بذاتها مرجع حدوده . فمتى كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذى انصرفت نيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود كما سيأتى بيان ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٧) . وسنرى عند الكلام فى تحول العقد إلى أى حد يتقارب الوضعان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية وإلى أى حد يختلفان.

(*) بعض المراجع : مقال بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٤٥ — سالى فى إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ٣٣٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها — رسالة دريفس (Dreyfus) فى التدليس المدنى والجنائى باريس سنة ١٩٠٧ — رسالة الدكتور يحيى تاج الدين فى التدليس وفى التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ — رسالة جاى (Gay) فى التأثير عير المشروع فى القوانين الأنجلوسكسونية ديجون سنة ١٩٢٧ — رسالة جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ — أجالشتين (Agalstein) فى التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ — كوهين (Cohin) فى السكتمان الخاطىء باريس سنة ١٩٢٩ — رسالة بيران (Perrin) فى التدليس فى تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ — برجيه — فاشون (Berger-Vachon) فى تدليس ناقص الأهلية فى تكوين العقود وفى تنفيذها المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ — رسالة فوان (Vouen) فى حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ — والتون ١ ص ٣٠٧ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٥ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٧ وما بعدها .

والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا الغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى[1] .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

١ — عناصر التدليس

١٨٠ — عنصراه : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه « ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[2] » . وهذه المادة

---

(١) أنظر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — يكون التدليس سبباً في بطلان العقد إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الحيل ، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . ٢ — ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يجهلها المتعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليتم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملابسة » . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة « أو أجنبي اشترك معه فيه » من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بفقرتيها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة « لما أبرم » في الفقرة الأولى بعبارة « لم يبرم » ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧١ — ص ١٧٤) . وانظر المادة ٢١ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادتين ٥٦/٢ من التقنينين التونسي والمراكشي ، والمادة ٩٤ من التقنين البرازيلي .

تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى ». ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا فى ناحية الصياغة والأسلوب وفى النص صراحة فى القانون الجديد على التدليس السلبى .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (١)». وهذا النص لا مقابل له فى القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً سنفصله فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين (٢) : ١ — استعمال طرق احتيالية ، وهذا هو العنصر الموضوعى . ٢ — تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير(٣) .

---

(١) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبنانى . وانظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ١٨٤) .

(٢) والذى يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذى يحمل عبء إثبات هذا التدليس بعنصريه . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ — محكمة بنى سويف الجزئية فى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ الحاكم ١١ ص ٢١٧٧) .

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى . ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وذلك كالبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتى : « يشترط فى التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن ينطوى على حيل . بيد أن هذه الحيل تختلف عن سميها فى النصب الجنائى ، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ، ككونه عمداً عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدنى والتدليس =

١٨١ — استعمال طرق احتيالية : الطرق الاحتيالية تنطوى على جانبين : جانب مادى هو الطرق المادية التى تستعمل للتأثير فى إرادة الغير ، وجانب معنوى هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا ذاتى . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس فى أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفى المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذى يريد (١) . ولا يكفى مجرد المبالغة فى القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف فى التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف(٢) .

على أنه لا يشترط فى التدليس المدنى أن تكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن الكذب ، قائمة بذاتها ، كما يشترط ذلك فى النصب الجنائى . فى

= الجنائى . ومهما يكن من أمر ، فليس ينبغى أن يعتد فى تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما التعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص (أنظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألمانى) . ويشترط كذلك أن تكون الحيل التى تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضلل بها إلى التعاقد . ومناط التقدير فى هذا الصدد نفسى أو ذاتى ، كما هى الحال بالنسبة لعيوب الرضاء جميعاً » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضاءها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليساً يبطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٣٣) . ويكون باطلا للتدليس عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبى (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٩٠) . وإذا أظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الإيهام ، فالتجديد قابل للإبطال (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص٧٥ — أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص٢٢) . وانظر نظرية العقد للمؤلف ص٣٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٦٣ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٤٨ .

بعض الأحوال يكفى الكذب ذاته طريقاً احتيالياً فى التدليس(١). فالمهم إذن فى الطرق الاحتيالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلا، واختار الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنصب له حبائل معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفى فى التدليس عليه بمجرد الكذب (٢) .

بل قد يكون التدليس عملا سلبياً محضاً . فيكفى مجرد الكتمان (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان : فيلتزم المتعاقد الذى يعلم هذا الأمر بالإفضاء به ، ويعد تدليساً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفضاء

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلا للابطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء (٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص٢٨١) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الكافى فى رضاء من تم التعاقد معه على العمل ، وبذلك يكون العقد قابلا للابطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص٥٥٥) .

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفى للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٦٣ — وفى ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٨٤ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ — محكمة المنيا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص٢٦٧) . ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يبطل العقد ، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التى تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة فى٢٦فبراير سنة١٩٣٠م٤٢ ص٣٢٥). وتعتبر المبالغة عن سوء نية فى قيمة الشيء المؤمن عليه أو فى مقدار الضرر الحاصل تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م٥ ص ٢٦٩ — وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٣٠ ص٧٩ — وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٠٣ — وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٥٤) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصر عليها المؤمن له بعد أن يتبين الحقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر، فإن هذا البيان الكاذب يعتبر تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة فى٢٥مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص٢٦٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٥٤) .

مصدره نص في القانون (١) . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح ، ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد (٢) . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت

(١) أنظر مثلا المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .

(٢) مثل ذلك أن يصطلح وارث مع مدين التركة ، ويكتفي الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جهل الوارث بذلك فيكتم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح ، وكأن يبيع شخص لآخر منزلا ويكتم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشترى أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يثقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليساً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٢) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده ، فلا يخبر المشترى بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس ، بل وهو صحيح الاعتقاد بملكيته وبملكية من باع له ، لا يعد تدليساً ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلبي ، واعتبر المدعي عالما بدعوى الاستحقاق ، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والحكر والحقوق العينية كانت... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التمليك قبل العقد النهائي ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدر هذا الحكم — ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكية من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشترية بكتمان دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمان بائعيه ، فإذا استحق عليه أو على المشتريه منه كان لها عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع وإلزاماً له بالتضمينات » (نقض مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحله من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيد مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته ، وكان منصوصاً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائغاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد ، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالا لنص العقد ، فإنه لا يكون أخطأ في تطبيق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ =

بأن ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ». ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية فى الأمر الذى بقى مكتوماً : (١) أن يكون هــذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر فى إرادة المتعاقد الذى يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر(١) . وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً

= ص ٧٥٦ — ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدنى الجديد على بطلان كل شرط مخفى يرد فى وثيقة التأمين ، ويتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه) . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لقيد مشترياته ومبيعاته وقائمة لجرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذى ظهر أنه يمنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان فى خصوص أمر جوهرى لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسى لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدى إليه فى حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور فى تسبيب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد فى الدفاتر لا يؤدى عقلا إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير فى قوة الدفتر كأداة إثبات . وإذ أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذى يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين العاقدين طريقة إثباته ، لم تبن ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهرى له (نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً مالم يقترن بحيلة غير مشروعة (نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مجرد الكتمان لا يكفى اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذى تعمد أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسيوط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشترى العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١ : ويلاحظ أن الاتفاق الذى لا يعتبر الكتمان فيه تدليساً فى هذه القضية هو اتفاق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه فى نظير موافقته على البيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشترى كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثانى) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يقتسم معه أن =

فى عقود التأمين (١) .

بقى الجانب المعنوى وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه فى أحسن صورة ، وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس(٢) . وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرقاً احتيالية للحصول من المودع عنده ، وتبين أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالوديعة (٣) .

— الأطيان التى أخذها هذا الشريك هى أطيان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل فى مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة ، فإن هذا يكفى لاعتباره فى حكم المادة ١٣٦ مدنى (قديم) حيلة تفسد رضاء من خدع بها (مستفاد من حكم لمحكمة النقض فى دائرتها المدنية فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، طعن رقم ٦٩ سنة ١٨ قضائية ولم ينشر بعد — هنا وفى وقائع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد الكتمان أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشترى كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأثر ذلك فى نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير فى دفع الفوائد فى مواعيدها ، الأمر الذى أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسا مزاده على الدائن ، فكل هذه التصرفات هى نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز البائع مجرد الكتمان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشترى) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليساً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليساً كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعده أمام شهود بإحراق متجره . لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر فى تقدير التبعة (استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر فى الغلط ، ويبطل العقد للغلط لا للتدليس. ويعرف القانون الإنجليزى ما يسميه بالتصور غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه ، إذ يدلى أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

(٣) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٧١ ص١٢٣ .

١٨٢ — التدليس هو الدافع الى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضي الموضوع هو الذى يبت فى ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (١) .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذى قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ (٢) ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية (٣) . وهذا التمييز منتقد . ذلك

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يونية سنة ١٩١١ م٢٣ ص ٣٥١ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٥٤ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٤٧ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/١٥ .

(٢) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشترى على عقود إيجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ريع العقار مرتفع ، فإذا حمله بذلك على شراء العقار بثمن عال كان للمشترى أن يطلب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأنذر المشترى بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل المشترى بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس ، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشترى وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١٣٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٦٢). وقد يحدث أن من يعرض شيئاً لبيعه فى المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم فى المزاد ، ويزايد عليه مزايدة وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمى قد يكفى لإلغاء العطاء الذى سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للغش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمى ورسا عليه المزاد ، فله أن يطعن فى العقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (ديموج٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتى : « التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبئاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطى للمدلس عليه إلا الحق فى مطالبة المدلس بالتعويض » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة ما يأتى : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما

أن التدليس الذى يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة فى ذاتها عن الشروط التى تحركت الإرادة فى دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقيه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقى فى دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسئولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء فى ذلك ما سمى بالتدليس غير الدافع وما سمى بالتدليس الدافع(١) .

١٨٣ — التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير —

القانون المدنى القديم : كانت المادتان ١٩٦/١٣٦ من القانون المدنى القديم ، فى نصهما العربى ، تقضيان كما رأينا بأن «التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . وكان هذا النص العربى يتفق مع القانون المدنى الفرنسى الذى ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء فى مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر . تمشياً مع النص العربى المشار إليه ومع

= اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقراً مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس تترتب عليه مسئوليته ، ويعطى الحق فى طلبه التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبى عن العقد » . وقد حذف هذا النص فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسئولية (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٥ فى الهامش) .

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٤ . ويلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففى التدليس غير الدافع إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، جاز للعاقد الآخر أن يعوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقيس فى ذلك التدليس على الغلط فى أن كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومتى استقام هذا الحل اقتصر العاقد المخدوع على التعويض وفقاً لكل من الرأيين (قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٠) .

نص القانون الفرنسي(١). وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجزى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذى صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر. وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتى وننظر لا إلى التدليس فى ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر فى نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل فى الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع فى الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى(٢) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسى

---

(١) والتون ١ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٤ — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ — الدكتور محمد وهبة ص ١٩٥ — دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ — هالتون ١ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١ — فتحى زغلول ص ١٣٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ — وفى ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ — محكمة المنيا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٨٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ ص ٨٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤) . فلم تعتد محكمة النقض بالتدليس الصادر من أجنبى إلا لأنه متواطىء مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأى فى ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ — فقرة ٣٩٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٨ — الدكتور عبد السلام ذهنى ص ١٢٨ — ص ١٣٠ .

(٢) فقد كان « البريطور » فى القانون الرومانى يعطى الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذى صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد تدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى إبطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيرار طبعة سادسة ص ٤٧١) .

الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة فى الحالتين (١).

ولعل ضعف الحجة فى وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذى حمل القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأى على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانونى الذى داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) فى الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (٣) فى المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان فى استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصرى يستطيع أن يجد فى القانون المدنى القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسى للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هى ما يأتى: « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى ». فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة فى الحالتين (٢) . ولو أخذ الفقه والقضاء فى مصر بهذا التفسير الوجيه

---

(١) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه ونقد هذه المحاولة فى نظرية العقد للمؤلف ص ٤٠٩ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأى فى ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى رأينا أن المشرع المصرى فى القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التى تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة منتقدة كما رأينا ، فأورد النص الفرنسى للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وهو النص الأصلى وإن لم يكن النص الرسمى ، قاطعاً فى أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلا من أن يتقيد بالأصل فيذكر أن « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة =

لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوى الذى سلكه الفقه والقضاء فى فرنسا ، ولذهبا مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ — القانون المدنى الجديد فى التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله القانون الجديد. فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه القانون القديم ، ونص صراحة فى المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم، بهذا التدليس(١) » . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا فى الإكراه

= ضد المتعاقد جسيمة ... » ، ذكر أن « التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ... » . فهو لما أورد لفظ « رضاء » وأسندها إلى « أحد المتعاقدين » انساق إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بشيء من المقابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسى الذى ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هى حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسى دون النص العربى ، لأن النص الأول هو الذى يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطى حقاً للمدلس عليه فى طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ — فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس فى استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تخويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلفت المذاهب فى شأن التدليس الصادر من الغير ، ففريق لا يرتب عليه بطلان العقد ... ، وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان ... ، وفريق يتوسط بين هذين المذهبين ... فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد فى اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به » . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من =

(أنظر المادة ١٢٨) . فسوى بحق ما بين الإكراه والتدليس فى ذلك (١) .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتدليس ، بقى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت العاقد المخدوع أن العاقد الآخر كان مشتركاً معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلا لا للتدليس ولا للغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً . وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض . لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

= المادة لأنها تقرر حكماً يكوفيه تقرير قواعد المسئولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتى : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصبح رقم المادة ١٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان فى استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ — ص ١٧٨) .

(١) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط فى التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علما يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل المتعاقد فى الحالة الثانية عبئاً فى الإثبات أثقل من العبء الذى يتحمله فى الحالة الأولى . ولعله يكون فى الحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهته هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه فى الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه. ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس وبالإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلا مماثلا فى النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى .

(٢) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين .

ب — نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس

١٨٥ — الغلط يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة : قلمنا أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد فى غلط ، فإذا كان رضاؤه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذى أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط. فهناك أحوال لايكفى فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط فى الباعث والغلط فى القيمة . فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ،كان التدليس لا الغلط هو السبب فى إبطال العقد (١) . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لايغنى الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث فى النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفى لإبطال العقد فى كل الأحوال .

أما فى النظرية الحديثة ، فالغلط يغنى عن التدليس . ولا يمكن فى هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلا لأن يبطل للغلط فى الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع فى نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشىء عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع فى الباعث أو فى القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن فى الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغنى إذن عن نظرية التدليس(٢)

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ .

(٢) أغفل القانون البرتغالى التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م٦٥٧ و٦٦٣ من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوى (م ٨٧٠ من القانون النمساوى القديم وم ٥٥ من القانون النمساوى المعدل) ـ أنظر أيضاً بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٦ — ديموج ١ فقرة ٣٦٤ — مذكرات الأستاذ ليفى إيلمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤ .

١٨٦ — ولكن التدليس لا يغني عن الغلط : ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً. ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغني عن التدليس ، فإن التدليس لا يغني عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولا) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الاحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر[١] . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض ، ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد[٢] . وقد آثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقي التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن العاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فإثباته أيسر من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلا عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢ — ص ١٧٣) .

§ ٣ — الإكراه (*)

(La violence)

١٨٧ — الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذى يفسد الرضاء ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الإكراه ، بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد . كما أن الذى يفسد الرضاء فى التدليس ليست هى الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق فى نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

١٨٨ — الإكراه الذى يفسد الرضاء والإكراه الذى يعدمه : والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذى هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التى صدرت منه هى إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكرَه وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام . ففى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

١٨٩ — الإكراه هو أيضا عمل غير مشروع : وينبغى أن ننظر إلى الإكراه — كما نظرنا إلى التدليس — من ناحيتين : الناحية التى يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التى يكون الإكراه فيها عملا غير مشروع فتترتب عليه المسئولية عن التعويض . وسنرى فيما يلى هاتين الناحيتين فى الإكراه .

(*) بعض المراجع : ريبر فى القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وما بعدها — مقال ديموج فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ — ص ٤٨٠ — لالمان (Lallement) رسالة فى حالة الضرورة فى المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ — بريتون (Breton) رسالة فى الإكراه كعيب فى الرضاء كان سنة ١٩٢٥ — جوسران فى الباعث فى العمل القانونى الخاص فقرة ٧١ — والتون ١ ص ٢٨٨ — ص ٣٠٦ — نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٨ — ص ٤٤٤ — الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٣٣ — ص ١٤٤ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٣٠ — ص ١٤٠ .

١٩٠ — النصوص القانونية : وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد فى الإكراه هو نص المادتين ١٩٥/١٣٥ ، وهو يقضى بأنه «لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشارطة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة» . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسى التى نقل عنها ، إذ تجنب الخوض فى كثير من التفصيلات التى عرضت لها هذه النصوص (١) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعى هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتى هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسى (٢) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقتصرت على المعيار الذاتى وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه فى نصين ، هما المادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتى :

« ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » .

« ٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

---

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ — ص ٤٤٤ .

(٢) خلط القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعى والمعيار الذاتى . وسبب ذلك أن پوتييه عند بحثه فى الإكراه ذكر أن القانون الرومانى كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه فى القانون الرومانى عادلة وهى تتفق مع القانون الطبيعى إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر فى هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدنى الفرنسى معيار القانون الرومانى الموضوعى بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المتاد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعى معيار پوتييه الذاتى ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن پوتييه إنما أراد إبدال معيار القانون الرومانى الموضوعى بمعياره الذاتى ، أو هم توهموا أن نقد پوتييه لمعيار « الرجل الشجاع » من شأنه أن ينزل المعيار إلى « الرجل المتاد » ، ولم يتنبهوا إلى أن پوتييه لم ير إبدال معيار موضوعى بمعيار موضوعى آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتى محض (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

الطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ».

« ٣ — ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه (١) ».

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتى :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه (٢) ».

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون العقد قابلا للبطلان إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٢ — وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذى يدعيها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالا يهدده هو أو أحد أقاربه فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ — وينظر فى تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ فى ذلك أن عبارة « أحد أقاربه » أوسع مما ينبغى فى بعض الأحوال وأضيق مما ينبغى فى الحالات الأخرى . وقد يكون الشخص صديق أعز عليه من أقاربه، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يحدق بالغير فيبعث الرهبة فى النفس إلى حد التعاقد فيه تحديد كاف للغير الذى يعتبر الخطر المحدق به إكراها . وأبدلت كلمة « حالا » التى تصف الخطر الجسيم فى الفقرة الثانية بكلمة « محدقا » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى فى تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاء بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الواردة فى الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التى كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمانية كمن يخلف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا المخلف. وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ — ص ١٨٤). أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « ١ — إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ذلك. ٢ — فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم =

١٩١ — عنصرا الإكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١ — استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق . وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ — رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة(١) .

= بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض» . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفي فيه قواعد المسئولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص القانون الجديد، وأصبح رقمها ١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هي — لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر وتجب التسوية بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة — مع استبدال عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم» بعبارة «أو كان في استطاعته أن يعلم» . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٨) . أنظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسري .

(١) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بعصريه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ — وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كالبت فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي يعد إكراها ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراها في بعض الظروف (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : «وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم فما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون» . وانظر أيضاً محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ .

١ — استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق

١٩٢ — تحليل هذا العنصر : لابد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد المتعاقد المكره ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون فى العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبى شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فنتكلم إذن فيما يأتى : (١) الإكراه الحسى والإكراه النفسى (٢) الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبى .

١٩٣ — الإكراه الحسى والإكراه النفسى : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم . كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا مايسمى بالإكراه الحسى (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما فى الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسى ، وهذا مايسمى بالإكراه النفسى (violence morale) لأنه يوقع فى النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً فى الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسى والإكراه النفسى ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلا للإبطال .

١٩٤ — خطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه : ولكن لما كان الإكراه النفسى هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف فى الغالب إليه . وهو الذى يوقع فى نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيما يحدق بنفسه أو بماله ، فتكون الرهبة التى تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتى : «وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال(١)» .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً . والعبرة فى جسامة الخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التى استعملت غير جدية . ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة فى نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفى لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر «والتعزيم» ، أو هدده بأن له قدرة على «الربط والحل» ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً فى الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أى وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع فى النفس الرهبة التى تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبعث فى نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفى هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالا فى نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محدق (٢) .

---

(١) وكان هذا هو القانون القديم : استئناف مختلط فى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص ١٦٧ .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للإكراه تشترط أن يكون الخطر حالا ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى ، فهى تذكر «الخوف من تعريض النفس أو المال لخطر جسيم حال (présent)» . وقد جاء فى بوتييه : «يجب أن يكون هذا الخطر حالا ، أى أن يكون الشخص مهدداً بالوقوع فيه فى الحال إذا لم يفعل ما طلب منه» (الالتزامات فقرة ٢٥). على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها فى هذا الشأن وتحور النص، وأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته . بل الخوف من الخطر (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٠) .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالا ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتى : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذى يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالا يهدده هو أو أحد أقاربه فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» . ولكن جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ما يأتى : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس =

والخطر إما أن يصيب المتعاقد فى جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسى ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما فى التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد فى مزروعاته بالإتلاف أو فى داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شىء يحرص المتعاقد على سلامته يكفى لتحقق الإكراه .

١٩٥ — *الخطر يهدد الغير*: وليس من الضرورى أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه : فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التى تقدم ذكرها ، فهى تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المحدق المتعاقد المكره نفسه «أو غيره» . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد (١) ، ولكن رؤى بحق فى المشروع النهائى العدول

= إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول» . وقد عدل فى المشروع النهائى عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصح وأكثر تمشياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٧٩ — ص١٨٢) .

هذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالا» ، فلا نجد هذا الوصف فى القانون الألمانى ولا فى القانون السويسرى ولا فى القانون البولونى .

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى ، وقد أوردناها فى الحاشية السابقة . ويعتبر المشروع التمهيدى على مافيه من عيب فى تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدنى الفرنسى ، فإن هذا القانون فى المادة ١١١٣ حدد فريقاً معينا من الأقارب هم الأصول والفروع وأضاف الزوج والزوجة . وقد انقسم الفقهاء فى تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين فى النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر فى نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحدا غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى هدد هذا الغير قد أثر فى نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحدا من غير المذكورين فى المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر فى نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص٤٣١ — ص٤٣٢) .

أما ماورد فى المشروع التمهيدى فهو لايحدد صنفاً معيناً من الأقارب كما قدمنا، بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : «ولا يشترط أن يتهدد الخطر المتعاقد ذاته ، بل يجوز أن يتهدد أحد أقاربه . وقد ترك للقاضى أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة فى كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات فى النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو =

عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر مما يعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذى يقع فى نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذى يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضى فى كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هى علاقة وصلت إلى الحد الذى يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق فى ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق(١) .

١٩٦ — المطالبة بحق كوسيلة للإكراه : والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمض التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكره إذا لم يمض تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة فى ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة

= متبع فى التقنين الفرنسى (م ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى) قد يكون أحياناً ضيق الحدود لايتسع لصور جديرة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ : ٤).

أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدى ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

(١) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب الضيق فى تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر القانون الألمانى شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسرى « الخطر الجسيم الداهم الذى يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه » (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد العبء فى إثبات أن الخطر الذى تهدد الغير قد أثر فى نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذى وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .

يحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن فى هذه الحالة ، لأن الوسائل التى استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التى استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه فى نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح فى أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بعثت «دون حق» فى نفس المتعاقد المكره (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للاكراه (٣ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيهم ضماناً لديونهم فى نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما دام الدائنون لم يسيئوا استعمال حقهم (٢٤ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كمباشرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً ما دام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالطعن فى وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً ما دام الوارث ليس بسيء النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يطلب إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزاد بأن يزيد عليه العشر حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئاً معيناً مما رسا فيه المزاد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذى دفع فى هذا الشيء أكبر من الثمن الذى رسا به المزاد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن المجنى عليه فى جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المبدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٠) — وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية : وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدنى (قديم وتقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذى يقع به الإكراه المبطل للمشارطات إلا أن ذلك مفهوم بداهة ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت فى الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانونى لواقعة معينة يترتب على =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبتز من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق

= الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد يبقى الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلا مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له إذا لم يمض التزاما يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها . في مثل هذا الفرض يمكن القول بأنه رغماً من عدم مشروعية الوسائل التي التجأت إليها المرأة ، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فالعقد لا يبطل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لتأدية واجب أو الحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فقرة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فقرة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بأن الغاية تبرر الواسطة ، وهي تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستقضي حقه بنفسه مادام لا يتعسف في ذلك وما دام لا يرتكب عملا إجراميا يعاقب عليه القانون الجنائي (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فقرة ٣١٨) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويفسدها . لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في الصورتين اللتين نحن بصددهما — الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إبطاله للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من الصورتين ، فإن المتعاقد المكره إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينيا ، فيمنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية =

ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه (١) .

= بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متعسف في استعمال هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضي له تعهداً بألا يعمل في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلا للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دي باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨) . ويعد إكراها كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دي باليه ١٩٠٣ — ١ — ٢٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراها بالمعنى الذي يقصده القانون ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يعمل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . وللقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باهظة من المدين إكراها غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضا » (١٠ نوفبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م ٢٧ فقرة ٢) والقانونين التونسي والمراكشي (م ٥٢ / ٤٨) والقانون اللبناني (م ٢١٢) والقانون البرازيلي (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، فقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراها الخوف من المطالبة بحق مالم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فيبتز منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « ومادام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد كثيراً على =

١٩٧ — الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر ، ســواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصــلا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصي والقــاصر إذا لم يكونا من ذوي القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذي النفوذ الديني والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس ، لا يكفي عادة ليكون وســيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع (١) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه (٢) . ولا شك في أن موقف الزوجة

= ما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على قبض ما تقدم واقعاً بغير حق . ولو أن حق الدائن في هذا الفرض قد اتخذ وسيلة لبلوغ الغرض المقصود » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ في الهامش) .

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعته بشيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣١٠ — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وتقضي المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامح تثيره زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كأب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً للتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أختيه المتزوجتين والمستقلتين عنه — وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأختيه — وقد أبرم العقد المطعون فيه بالإكراه على يد لجنة من السد =

من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس ، وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إبقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم. الوما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه(١)

= والشارع ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أختيه أحدثت عندهما خوفاً شديداً حملهما على قبول مالم تكونا تقبلانه اختياراً (محكمة استئناف أسيوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يكفي لبطلان العقد ، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشترى على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها — بفرض صحتها — لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاء وتسليم ، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ ص ٦٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن المورثة التي تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية، وتتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصومها الألداء ، وجعلها تتنازل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته وتتصرف وفقاً لما يمليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها . فالوقفية التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تجعل فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظراً وتفوض له التصرف في الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقاً للمواد ١٢٨ و١٣٣ و١٣٦ من القانون المدني (القديم) لانعدام (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١) .

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تقترن به وسائل إكراه أخرى. وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن « مجرد الخشية الصادرة عن احترام (la seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد » . أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (م ٥٥/٥١) والقانون اللبناني (م ٢١٢) =

ب — رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ — وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي : قدمنا أن المادة ١٢٧ من القانون الجديد تقضي بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ... ويراعى في تقدير الإكراه

= والقانون البرازيلي (م ١٠٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٠) . وهي نصوص منتقدة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبي لا يكفي وحده وسيلة للاكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفي فيها النفوذ الأدبي لإبطال العقد ، وهي الحالات التي يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لابتزاز التزامات باهظة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التعسف في استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تعسف في استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع ، فيلتزم بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يبطل على أساس من التعويض وإن لم تعوزه الإرادة . فالأولى إذن أن تتسع نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٨ — ص ٤٣٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص في هذا الموضوع . فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للاكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي ، وهو بمجرده لا يعيب الرضاء ، وإنما يعيبه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٠ أنظر أيضاً التقنينات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... ألخ ، بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التي وردت في هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٥ — ص ١٨٦ في الهامش) .

ويعرف القانون الإنجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه . فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كأب وابنه أو كطبيب ومريض أو كمحام وعميله أو كرئيس ديني ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إمضاء عقد ، فإن العقد يكون قابلا للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد ص ٦٤٨ — ص ٦٨٩ — كارتر في العقد ص ٨٥ — ص ٨٧) .

جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه . وهذا النص قاطع فى أن القانون الجديد يأخذ فى الإكراه بمعيار ذاتى محض . وقد كان القانون القديم (م ١٩٥/١٣٥) يخلط بين المعيار الذاتى والمعيار الموضوعى مقلداً فى ذلك القانون الفرنسى كما سبق القول(١) .

ولا شك فى أن القانون الجديد أحسن صنعاً بالاقتصار على المعيار الذاتى وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعى ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتى (٢) . وهـــذا ماجرى عليه القضاء والفقه فى مصر حتى فى ظل القـــانون القديم (٣) . وهـــذا هو أيضاً ما أخـــذت به الشريعة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ — وقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا أن يزيل التعارض مابين المعيارين الذاتى والموضوعى ، وهو التعارض الوارد فى المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى على مارأينا ، فذهب إلى وجوب التفريق مابين المعيارين على الوجه الآتى : إذا كان المتعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعى ، واكتفى فى جسامة الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر فى الوسط من الرجال . أما إذا كان المتعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتى ، ونظرا إلى حالة المتعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دى سانتيرفقرة ٢٢ مكررة (١) — بفنولر ص ٦٠٦ — كولان وكابيتان ٢ ص٢٨٥) . وظاهر أن هناك عيباً واضحاً فى هذا التوفيق ، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لاتفسد بإكراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه !

(٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية فى عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل . ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع . وإنما القوانين تطاوع المقتضيات العملية ، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ طوراً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانونى . وتتفاوت القوانين فى التوفيق مابين الاعتبارين، فمنها مايغلب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنهامايغلب عليه ترجيح العدالة، ومنها مايرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذى يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواما .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٣٠٢ — محكمة أسيوط الكلية فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٣ ص ٤٤٧ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ — وفى ١٩ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ص ٥١٠ — هالتون١ص ٣١٨ — دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٤ — والتون ١ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧ — الدكتور عبد السلام ذهنى بك فقرة ١٣٤ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤١٣ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٨ — الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٨٤ .

الإسلامية (١) والقوانين الأجنبية الحديثة (٢) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكرَه التهديد بخطر جسيم محدق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً . فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيما محدقاً ، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكرَه فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته ، بل النتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس ، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكرَه . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي (٣) .

١٩٩ — تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية ، فنتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، وندخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكييف نفسيته ، من جنس وسن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

---

(١) مرشد الحيران م ٢٨٨ : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة ، وشدة وضعفاً » .

(٢) القانون المدني الألماني م ١٢٣ — قانون الالتزامات السويسري م ٣٠ .

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ما يأتي : « قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه ، وهو المعيار الذي تقاس به جسامته . فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية ... ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأولى أن تغفل هذه الشروط وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، فيتحقق الإكراه إذا وجد المتعاقد المكره بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطرار ضغطت على إرادته وحملته على التعاقد » (نظرية العقد ص ٤٣٧ وص ٤٤٤) .

فالأنثى غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الهرم البالى . والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والعصبى غير الهادىء المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم . والغبى غير الذكى . وهكذا . ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات : فالخطر قد يحدث رهبة فى نفس المتعاقد وهو فى جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو فى مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو فى جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقعاً فى نفسه ليلا منه نهاراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر فى تكييف جسامة الخطر فى نفس المتعاقد (١) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلا إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) . وينظر فى تقديرها إلى العوامل التى سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة النقض (٣) .

---

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فالمفروض أنه لا يؤثر فى إرادة المتعاقد إلا إذا كان المال الذى يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذى أكره عليه. وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإفساد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر فى إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزى الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان فى استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب فى ضياع المال (پولوك فى العقد ص ٦٤٥). وهذه نظرة تغفل احتمال عدم الجدوى فى الرجوع بالتعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر فى الشخص الذى وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠).

(٣) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامة الخطر الذى ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعى مراعاة حالته عملا بالمادة ١٣٥ من القانون المدنى (م ١٢٧ جديد) . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه قولا منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول ، فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن =

جـ — الجهة التى صدر منها الإكراه

٢٠٠ — الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير : كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدرا من الغير . فالإكراه الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له فى ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سبقت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء فى الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب فى الرضاء لا يختلف ، والإرادة تكون فاسدة فى الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن المسئول عن هذا العمل هو المكرِه ، وهو فى إحدى الحالتين غيره فى الحالة الأخرى .

والذى يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً فى الرضاء . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال(١) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذى أوردناه فى التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكرَه أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض

= ليؤثر فى إرادة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند ، بحكم كونه واقعة لا يد للمكفول له فيها ، لا يكوّن الإكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٠ ص ٥٨٥) .

(١) والقضاء والفقه فى مصر متفقان على هذا الحكم حتى فى ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ — وفى ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ — دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٥ — هالتون ١ ص ٢١٨ — والتون ١ ص ٢٣٤ — الدكتور ذهنى بك فقرة ١٣٦ — فقرة ١٤١ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٦ .

حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المكرَه إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه في التدليس(١) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر : إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع : ويكون للمكرَه أن يطالب الغير الذى صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (٢) .

٢٠١ — الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلال الحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد باعطائه مقداراً جسيما من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه .

وقد ذهبت النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذى يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسرى . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذى سبق أن قررناه في صدد الغلط والتدليس .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص في هذا المعنى ، فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه « إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكرَه إلا أن يطالب المكرِه بالتعويض » . وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائى لأنها تقرر حكماً تكفى فيه قواعد المسئولية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ و ص ١٨٧) .

أما الفرض الذى نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقده . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط فى الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلا لفظ «الانتزاع» (extorqué) فى المادة ١١٠٩ من القانون المدنى الفرنسى ، فإنها لا تجعل الإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر فى صحة العقد (١) .

ولكن هذا التمييز الذى تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو أثر من آثار القانون الرومانى بقى فى القانون الفرنسى بعد أن زالت مقتضياته (٢) . والصحيح أن الإكراه متحقق فى كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيما من أجل ذلك ، فلا فرق، من حيث حرية إرادة المدين، إذا كان مصدر الخطر الذى يتهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالعقد قابل

(١) أنظر فى هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٥ .

(٢) وذلك أن القانون الرومانى كان يجعل للإكراه جزاء مستقلا غير إبطال العقد . أما الإكراه الذى تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن فى هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . فانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكتفى بدعوى تعويض ضد من صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى تلمس شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ — أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلا للإبطال فى هذه الحالة لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوما أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل ننظر هل كان المدين بإرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دائم) .

وظاهر مما تقدم أن القانون الرومانى كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تهيأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع فحسب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب فى الرضاء . فالإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة إذا فاته الوصف الأول فلا يفوته الوصف الثانى ، ويكون إذن سبباً فى إبطال العقد .

للإبطال . كذلك الطبيب الذى يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذى يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد فى هذه الحالة ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص صريح فى هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخطر تهيأت ظروفه مصادفة ، أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففى الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد (١) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد فى الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به فى ظل القانون

---

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وقد حذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بالقواعد العامة — على ما يأتى : « إذا أبرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للبطلان بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ... أما التطبيق الثالث فهو خاص بحالة من يجد غيره مهدداً بخطر جسيم حال لا يد له فيه،فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المسبب فى الطرف الملجىء ، إلا أنه انتفع به للحصول على مغنم فاحش . ويعتبر الإكراه فى هذه الصورة عيباً فى الرضاء (قارن الاستغلال) . وعلى النقيض من ذلك يختفى الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر فى مثل هذا الفرض أن يحصل على منفعة مفرطة ، بل اقتصر على إنقاذ المتعاقد الآخر فى مقابل منفعة معقولة . فناط الحكم فى هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط فى الغنم) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ فى الهامش) . أنظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإيطالى الجديد .

هذا والحكم يبقى صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أن المتعاقد الآخر قد أفرط فى الغنم ، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذى يتهدد المتعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية . فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض فى هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك فى صور مختلفة .

الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة فى تقرير هذا الحكم(١)، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسنرى ذلك فيما يلي .

§ ٤ — الاستغلال(*)

(L'exploitation)

٢٠٢ — الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادى للاستغلال. ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

---

(١) وقد أخذ بهذا الرأى الفقه والقضاء فى مصر حتى فى ظل القانون القديم : والتون ١ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ — الدكتور ذهنى بك فقرة ١٣٥ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٢١ — الدكتور حلمى بهجت فقرة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ — وأبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذى يعقد فى حالة الاضطرار الناجمة من وجود سفينة فى خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٦) ، واكتفت بإعطاء دعوى الفضول (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥). أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣ — وفى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ — وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤١ (وفى هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة فى أسباب الحكم أن القانون المصرى (القديم) لم ينقل من القانون الفرنسى كلمة «ينتزع» (extorqué) الوارده فى المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتى كانت السبب فى أن الفقه الفرنسى لايجعل حالة الاضطرار التى تهيأت مصادفة إكراها يبطل العقد) .

هذا والقانون المقارن فى هذا الموضوع متجه إلى جعل حالة الاضطرار مؤثرة فى صحة العقد، وسنرى ذلك عند الكلام فى نظرية الاستغلال (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤١ حاشية رقم ١).

(*) بعض المراجع: ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٦١ ومابعدها — جوسران فى البواعث فى الأعمال القانونية فقرة ٩١ — ديمونتس (Demontès) فى الغبن فى العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ — لويس لوكاس (Louis — Lucas) فى الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ — الرسائل: هايم (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ — جرليه (Carlier) باريس سنة ١٩٠٨ — ديول (Dyol) مونبلييه سنة ١٩١٩ — مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — كولزون (Coulezon) مونبلييه سنة ١٩٢٤ — ميمان (Mémin) باريس سنة ١٩٢٤ — هاون (Haon) مونبلييه سنة ١٩٢٧ — موريكس (Morixe) سنة ١٩٢٩ — بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ — دالم (Dalem) باريس سنة ١٩٣٩ — فالمون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ — أنظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول فى مجلة مصر العصرية سنة ١٨ ص ١٨٩ — ص ٢١٤ — نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤٥ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٢١٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٤١ ومابعدها .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا فى عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى(١) . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل فى هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح فى الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملى يقول الفقه الإسلامى .

٢٠٣ — تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال : والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلا مرضياً . فهى قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الرومانى يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحى أوروبا فى القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ فى الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا فى نظرية الغبن ، فحرموا الربا فى عقود القرض . وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهى العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبته فى جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعتد

---

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع فى العقود الاحتمالية بل وفى عقود التبرع ، فهو أوسع مدى من الغبن .

بالغبن إلا فى أحوال معينة . وقويت هذه النزعة فى الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن فى بيع العقار . وورث القانون المدنى الفرنسى ، ومن ورائه القانون المدنى المصرى القديم ،هذه التقاليد ، فجاءت أحكامها ضيقة فى الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن. فالغبن فيهما لا يؤثر فى صحة العقود إلا فى حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة فى الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب فى العقد لاعيب فى الرضاء،وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال فى التعادل إلى رقم محدود . وأظهر حالة للغبن فى القانون المدنى المصرى القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦—٣٣٧/١٩—٤٢٠ ٤) . وهناك حالات أخرى كانت متناثرة فى نواحى هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ فى المائة ، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر فى أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية فى الغبن إلى نظرية نفسية فى الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص فى أمرين: (أولا) فى النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لانظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء فى حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما فى النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهى قيمة الشيء فى اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء تافها فى ذاته كبيراً فى نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية. ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل فى العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتريه بثمن أكبر ، غير مخدوع ولا مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذى بذله . فى مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد ، طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع فى أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أى أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن فى النظرية المادية هو كما قدمنا

عيب مستقل قائم بذاته ، وهو عيب يقع فى العقد لا فى الرضاء . أما الذى يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشىء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً فى قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق فى مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه .فلا يكون الغبن إذن فى النظرية الشخصية عيباً مستقلا قائماً بذاته وواقعاً فى العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة الاختلال فى التعادل ينظر إليها فى النظرية الأولى نظرة مادية ، فهى درجة محددة ، بل هى رقم مرصود . فالغبن الذى يزيد على الخمس كما فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى ، أو الربع كما فى القانون الفرنسى بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، أو سبعة أجزاء من اثنى عشر كما فى القانون الفرنسى بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذى يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به فى هذه الحالة ولا يؤثر فى صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ فى تحديد درجة الاختلال فى التعادل معياراً مرناً ، فهى لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفى أن يصل الاختلال فى التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفى هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل فى العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشىء المادية ، وتنسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به .ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهى من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلا عادلا لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل ، دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون

قاعدة ظالمة رغماً من مظهر خداع فيها العدالة .

وقد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فقضى القانون المدنى الألمانى فى المادة ١٣٨ ببطلان التصرف القانونى الذى يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، فى نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحاً (disproportion choquante) فى التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة ٢١ من قانون الإلتزامات السويسرى بأنه فى حالة اختلال التعادل اختلالا واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون فى غضون سنة أن يطلن ببطلان العقد ويسترد مادفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة . وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ماحصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (١) .

---

(١) أنظر أيضاً القانون الإيطالى الجديد (م ١٤٤٨ الفقرة الأولى) والقانون البولونى (م ٤٢) والقانون اللبنانى (م ٢١٤) والقانون النمساوى (م ٨٧٩) والقانون الصينى (م ٧٤).
وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال ودبان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسى ويضع نصاً عاما يحرم الاستغلال فى جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الغبن سبباً فى إبطال العقد إذا كان الاختلال فى التعادل ما بين الالتزامات التى تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦) .
هذا ويستخلص من بحث أجرى فى البلاد التى تتضمن قوانينها المدنية نصوصاً عامة فى الاستغلال على النحو الذى تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من النقاد يتوقعون عكس ذلك ويخشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضى (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ — ١٩٤٩ ص ٣٨٧) .

٢٠٤ — القانون المصرى الجديد : وقدساير القانون المصرى الجديد التقنينات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية فى الاستغلال ، فنص فى المادة ١٢٩ على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هـذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا . ٢ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح رقمها ١٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب كما وردت فى المشروع النهائى . أما لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فقد ناقشت طويلا فى هذه المادة ، وكانت تميل فى أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتى : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز القاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هـذا المتعاقد . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سـنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . ولوحظ أن الهوى معناه الشهوة الجامحة لا المودة والعطف ، وقد ترك تحديد الطيش والهوى =

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص فى المادة ١٣٠ على أن «يراعى فى تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة (١)» . والعقود التى يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائى . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى هذه العقود . والمهم أن الغبن فى هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً فى الرضاء بل عيباً فى العقد ، واعتد فى

= لتقدير القاضى . وراعت اللجنة فى التعديل الذى أجرته أن تعدل عن التوسع الذى اختاره نص المشروع وأن تجعل أساس النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح . وحذفت من الفقرة الأولى عبارة «ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً» لأنها من قبيل التزيد . وأضافت قيداً يتعلق بميعاد رفع الدعوى . وجاء فى ملحق لتقريرها ما يأتى : «اقترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون فى استبقائها ما يهدد المعاملات ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة فى شأن الاستغلال لا يقتصر أثره على دعم الأسس الخلقية فى تنظيم المعاملات بل يجاوز ذلك إلى إقالة القضاء من عناء التحايل على النصوص وتحميل القواعد ما لا تطيق بطبعها . فالقضاء فى ظل القانون الحالى قد استنبت فكرة الإيحاء والتسلط والاغواء وتوسع فى تطبيق (الغلط فى القيمة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشتى الوسائل لدفع الجور فى صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام . وما من شك فى أن هذه الحالة بذاتها تعرض المتعاملين لاحتمالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المجتهدين فى استحسان الخروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار فى قليل أو كثير . لذلك رأت اللجنة أن إفراد نص للاستغلال يكون أدعى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له العقد من طعن فى نطاق ضيق واضح الحدود . ولكنها توسطت فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رحباً على غرار نظيره فى أكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الألمانى والسويسرى والبولونى واللبنانى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، بل اقتصرت فيه على حالتى «الهوى الجامح والطيش البين» .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٩ — ص ٢٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود وبما يسمح به القانون من سعر الفائدة» . فعدلته لجنة المراجعة على الوجه الوارد فى نص القانون الجديد ، لجعل النص أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤) .

الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص فى بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال فى نظريته العامة التى تتناول جميع العقود ، وهى النظرية الشخصية التى تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفة الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذى نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولا) فى عناصر الاستغلال . و(ثانياً) فى الجزاء الذى يترتب عليه .

١ — عناصر الاستغلال

٢٠٥ — العنصران الموضوعى والنفسى : للاستغلال عنصران ، أحدهما موضوعى وهو اختلال التعادل اختلالا فادحاً ، والآخر نفسى وهو استغلال ضعف فى نفس المتعاقد .

٢٠٦ — العنصر الموضوعى : أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعى للاستغلال فى العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالا فادحاً كما قدمنا .

ففى عقد البيع . لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشترى ، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالا فادحاً بين قيمة المبيع الذى التزم به البائع والثمن الذى التزم به المشترى ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال يتحقق .

وفى الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلا ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد ، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالا فادحاً ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال هنا أيضاً يتحقق :

وفى الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . وفى الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح

بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .

والعبرة فى تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، لا بقيمته المادية فى ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص فى شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن . فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف مثلا ، جاز القول بأن الاختلال فى التعادل اختلال فادح .

فالفداحة فى اختلال التعادل معيارها مادى كما نرى . ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف فى كل حالة . فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف فى المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر . والقاضى هو الذى يقدر بأى مبلغ تتحقق . وينظر فى ذلك إلى ظروف كل من المشترى والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها فى ذلك إلا من حيث قصور التسبيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التى جعلتها تقدر أن الاختلال فى التعادل فادح ، وكان بيانها فى ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذى عليه أن يثبت الفداحة فى اختلال التعادل .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً فى عقود المعاوضة المحددة (contrats commutatifs) ، ففيها يأخذ المتعاقد ويعطى ، وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى ، سواء فى ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما فى الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً فى العقود الاحتمالية (١) ، وهى عقود

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن إذا اجتمع فيه معنى الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩١) . وقد نص القانون اللبنانى صراحة على ذلك ، فجاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتى : «والعقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن» .

تنطوى على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغى أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة فى جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة فى الوقت ذاته لايقل كثيراً عن مقدار المكسب ، كان الاختلال فى التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين ؛ ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوى وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففى مثل هذا العقد الاحتمالى وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال فى التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالا فادحاً.

ولا يمكن القول فى عقود التبرع إن هناك اختلالا فادحاً فى التعادل ؛ لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع فى التبرعات كما يقع فى المعاوضات . بل هو أشد وطأة فى الأولى منه فى الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل ، فإن الاستغلال يكون أكثر تحققاً فيما لا تعادل فيه أصلا . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد ، وهى تجيز فى عقود المعاوضة توقى دعوى الإبطال بتكملة البدل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع فى غير عقود المعاوضة أى فى عقود التبرع(١) . أما كيف يقع الاستغلال فى التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلا . فقد يتبرع شخص بجميع ماله – ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة فى صورة بيع – لزوجته الثانية وأولاده منها ، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعى ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى : «ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا» . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التزيد ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ فى الهامش) . وبقيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهى تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع فى عقود التبرع .

زوجته الأولى ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالا فادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلا ، فالمتبرع أعطى دون مقابل ، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البيّن أو لهواه الجامح .

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيصاء به لشخص استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً ، فالوصية هنا يعيبها الاستغلال ، وهى ليست عقداً بل عملا قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ — العنصر النفسى : أما العنصر النفسى للاستغلال فقد أوردته المادة ١٢٩ فى العبارة الآتية : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف » . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : « وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف » . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهبا إلى مدى أبعد ، فصرحا بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاء المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنينات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها ، ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عندما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجنة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنينات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامحاً ، إمعاناً فى تضييق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره (١) .

---

(١) وقد ترتب على تضييق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٢٨ من —

فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها ، وليس من النادر أن تعمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تتزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليها عليها . وقد تشترى امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقى الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدى المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيشه البين . كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لنتدلل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شىء يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأقضية فى ذلك (٢) . وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلمسه فى قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل

= المشروع التمهيدى — وهى المادة التى حذفت من المشروع النهائى وتعرض كما أسلفنا لحالات خاصة فى الإكراه هى حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبى وحالة الضرورة — نصاً كان من المفيد استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها . وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه ، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فعلا هذه الأقضية وأمثالها على المحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، وفى أحوال أخرى كانت تسير وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التى سيأتى ذكرها فيما يلى :

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم ، فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع =

فى ظل القانون القديم ، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له، أو أن يتحرر منها فينفلت إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها فى خطاه .

= الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٩٦) . وقضت فى حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفها أن السند المطالب بقيمته صدر من المورث بمحض إرادته واختياره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالتسلط على الإرادة، وكان هذا الاستخلاص سائغاً ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضى الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢) . وفى قضية ثالثة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وسندات ومنزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولما طعنت الزوجة فى هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت فى حالة اضطرار عند تحرير هذه الالتزامات بذمتها ، وأن الرأى الصواب الذى يتحقق به العدل (أى تطبيقاً لقواعد العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص ٧٢٣) . وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع فى الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعى للفصل فيها (نقض مدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ ص ١٧٨). وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن الخصوم لم يروا السير فى الدعوى الشرعية التى قضت محكمة النقض أن تقف الدعوى المدنية بسببها ، واتفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو فى حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار ويحاوله مراراً وينتحر بالفعل ، فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة ، فتعاقده غير مبنى على رضاء صحيح ، ولا تلتزم ورثته بوفاء ما تعهد به فى هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٦ / ٢ ص ١٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطرار التى وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى التزام باهظ ، فالعقد يكون باطلا للإكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة جامحة ، فللمحكمة إقرار التعهدات التى أجازها المتعهد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والحكم ببطلان ما لم يجزه منها صراحة أو ضمنا (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٦١ / ٢ ص ٣٤٣) — أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٧ ص ١١٧١ — ومحكمة أسيوط الكلية فى ١٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٢٦١ .

هذا ولما كان القانون المدنى الفرنسى لا يتضمن نصا عاما فى الاستغلال ، فقد خلق الفقه =

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسي يقتضي أن يكون المتعاقد المغبون « لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً » . ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر ، وأن يكون هذا لاستغلال هو الذى دفع المتعاقدالمغبون إلى التعاقد.ويترتب على ذلك أمران: (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة، فإنها انصرفت إلى استغلال المتعاقد المغبون ، وهذا عمل غير مشروع(١) . وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب المتعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابه من ذلك ، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا(٢) . (والأمر الثاني) أن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة،فهي إرادة ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسي كما هو الأمر في سائر عيوب الرضاء .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانوني لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

= والقضاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستغواء (séduction). وقد قصراها على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا نرى فرقاً بين نظرية الاستغلال في عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء في عقود التبرع . والجزاء في الحالتين واحد هو قابلية العقد للإبطال . والأولى إدماج نظرية الاستهواء في نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة . وقد رأينا القضاء في مصر يلجأ إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تعوزه (نقض مدني في ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — قارن استئناف مختلط في ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ — وانظر آنفاً فقرة ١٩٧ في الهامش) . ويرى الدكتور وديع فرج في مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، ويذهب في هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزاء في الاستغلال هو البطلان النسبي أما الجزاء في الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من هذه المذكرات) .

(١) أنظر سالي في إعلان الإرادة باريس سنة ١٩٢٩ فقرة ٩٨ على المادة ١٣٨ من القانون الألماني .

(٢) أنظر سالي المرجع المتقدم فقرة ٩٩ (م ١٣٨ ألماني) . وانظر آنفاً فقرة ٢٠١ .

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسي ، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادي ، لا مستخلص منه ولا مفروض . والنص صريح في هذا المعنى إذ يقول : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً » . وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدي الذي يجعل العنصر النفسي مفروضاً بوجود العنصر المادي فيقول : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته ... » .

٢٠٨ — علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء : قدمنا أن العنصر النفسي يقتضي أمرين : أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول ، كان العقد الذي أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع . وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثاني ، كان هذا العقد ذاته — الذي لم يرض به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضغط من هواه — عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء .

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألماني (م ١٣٨) ، وجعل عقد المستغل باطلا بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب (١) . وبالاعتبار الثاني أخذت التقنينات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصري الجديد، وجعلت العقد قابلا للإبطال أو للإنقاص لعيب في إرادة المتعاقد المغبون(٢) .

---

(١) أنظر سالي المرجع المتقدم فقرة ٩٥ — فقرة ٩٧ (م ١٣٨ ألماني) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألماني فيما يتعلق باستغلال المتعاقد ، بل اقتفى أثر المشروع الفرنسي الإيطالي . وليس معنى هذا التقنين (الألماني) أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته ، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء . ولكن يعيبه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه ما قام به من ضعف وما اشتد عليه من عوز . فليس ينطوي الأمر على عيب في الرضاء ، بل هو ينطوي على عمل مخالف للآداب صدر من المتعاقد الذي حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته . ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي ... تلك وجهة التقنين الألماني. وقد آثر المشروع اطراحها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسي الإيطالي في هذا الصدد . فلم يعتبر التبن عملا مخالفاً للآداب ، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلان العقد بطلاناً نسبياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١).

ويعنينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثانى ، وهو الذى أخذ به قانوننا المصرى الجديد مقتفياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وكثير من التقنينات الحديثة . فالاستغلال ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللا ، وكان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواه الجامح ، كان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر فى كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذى يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالا فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع فى تدليس أو غلط فى حالة الطيش البين ، أو أن يكون ضحية إكراه فى حالة الهوى الجامح . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة ، ويكفى فى افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصريه المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بديلا عن هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص ، وجعلت المدة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال ، بهذا وذلك ، دعاوى الإبطال الأخرى التى تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب — الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

٢٠٩ — **دعويان** : إذا توافرت شروط الاستغلال التى أسلفنا ذكرها «جاز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال، ودعوى إنقاص .

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص ، فإنه يجب أن

يرفع دعواه فى « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م١٢٩فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لامدة للتقادم،فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص . ويقال عادة فى هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط(déchéance)لاميعاد تقادم(prescription).والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ من القانون الجديد) .

والحكمة فى أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى فى الاستغلال مدة قصيرة، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف ، هى الرغبة فى حسم النزاع بشأن العقود التى يداخلها الاستغلال ، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفى هذا حماية التعاقد واستقرار التعامل . أما دعوى الإبطال فى الغلط والتدليس والإكراه فنرى أنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال(م ١٤٠)، وهذه المدة هى فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط ، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة فى ذلك أن الطعن فى العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة ، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شىء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال(١) .

٢١٠ — دعوى الإبطال: وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضى أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء

---

(١) ولم يكن المشروع التمهيدى يفرق فى هذا الصدد مابين دعوى الإبطال فى الغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإنقاص فى الاستغلال ، فكل هذه الدعاوى كانت تتقادم بثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٤٧) . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذى يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) .

المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضي إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً . واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذى سيأتى بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملابسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معقب عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتى ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى بطلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين :

(الأمر الأول) المدة التى ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثانى) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان العقد معاوضة كالبيع ، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال ، جاز المشترى أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضي أن الزيادة التى عرضها المشترى تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضي . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء . بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضي فى تقدير ذلك إلى ملابسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب وافياً . وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ — دعوى الإنقاص : وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من بادىء الأمر دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة (١) . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضي ينظر فيه وفقاً لملابسات القضية وظروفها ، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . ففي البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الاقتصار على الإنقاص ، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلا للثمن ، بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضي عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري ، بأن يزيد في مقدار الثمن بدلا من أن ينقص في قدر المبيع ، فإن نص القانون لا يجيز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذي البائع بل يرفع عنه الغبن ، فإن الزيادة في الثمن قد تؤذي المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن كما مر .

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع التي داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضي التبرع إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال .

---

(١) وإذا صح للقاضي أن يحكم بالإنقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص . لأن هذا قد قدر مصلحته واقتصر على الإنقاص ، فلا يصح للقاضي أن يحكم بالإبطال وإلا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب . ويبقى القاضي متقيداً بطلب الإنقاص إذا تقدم به المتعاقد المغبون حتى لو كان الطرف الآخر آثر على إنقاص العقد إبطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون .

٢١٢ — دفع ما وجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشى كثيرون من هذا النص العام الذى ورد فى القانون الجديد عن الاستغلال، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار ، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف ، فإن القضاء المصرى قد واجه فعلا أقضية الاستغلال فى الأمثلة التى قدمناها ، وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا ، وأن نصاً عاماً فى الاستغلال ، لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً ، تفرضه الضرورة وتوجبه مقتضيات التعامل . فيواجه القاضى ما يعرض له فعلا من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتنقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففريق منهم يرى أن هذا النص العام فى الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى (١) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق ، وإن أقضية الاستغلال التى طرحت أمام المحاكم فى البلاد التى اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى (٢) . وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى اشتمل عليه القانون الجديد (٣) .

---

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع فرج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتى : «ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشىء كبير من القلقلة وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ — وانظر أيضاً مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ — سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٠٣ فى الهامش) .

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التى تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدنى الجديد يسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التى مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذى كان معمولا به فى القانون القديم . أما العقود التى تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه هى التى تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

الفرع الثانى

المحـــل

(L' Objet)

٢١٣ — تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم المدين القيام به . والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عينى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل .

والالتزام بنقل حق عينى إنما هو التزام بعمل . ولـكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عينى هو هذا الحق العينى ذاته . فإذا كان الحق العينى حق ملـكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحا شيئاً واحداً ، فصار الالتزام بنقل الملـكية محله هو الشيء ذاته الذى تنتقل ملـكيته .

٢١٤ — الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام : يستخلص من نصوص القانون الجديد (م١٣١—١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون : (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلا لالتزام بنقل حق عينى) . أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل . (٢) معيناً أو قابلا للتعيين . (٣) قابلا للتعامل فيه (١).

---

(١) اقتصر القانون المدنى القديم فى الـكلام على المحل على نص واحد ، هو المادتان ٩٠/١٤٩ . وهما تنصان على أنه « يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلا ممكناً جائزاً ، وإلا كان باطلا . فإن كان الغرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه بالنوع وأن يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » . وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو ، فنصت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيناً أو قابلا للتعيين وجائزاً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلا » . ولـكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالأحكام المفصلة التى وردت فى المواد التـالية (م ١٣١ — ١٣٥) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٧ فى الهامش) .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

١ – المحل موجود

٢١٥ – معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك.

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

٢١٦ – المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا (١) ». وقد يبدو أن هذا

---

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٢١٧ في الهامش) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلا ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهنا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلا للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلا للتعيين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م ٣٣٠ – ٣٣١) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨) .

النص بديهى ، فهو يردد حكماً تقضى به القواعد العامة ، إذ ليس فى هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامى(١) ، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا فى شىء موجود ، فبيع المعدوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلة على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدنى المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامى فنص فى المادة ٣٣٠ على أن « بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل (٢) » . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل فى الأشياء المستقبلة بنص صريح(٣) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت . بثمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف فى هذا بين القانون الوطنى والقانون المختلط . ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء ، فهذا بيع شىء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشىء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج (٤) .

والواقع من الأمر أن التعامل فى الشىء المستقبل كثير الوقوع فى الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون

---

(١) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامى لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كابن القيم ، من يقول بجواز التعامل فى الشىء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

(٢) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدنى المختلط على ما يأتى : « ومع ذلك فبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التى تنعقد والزرع الذى ينبت بعد البيع » . أنظر فى القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٢ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلا للالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٦) .

(٤) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً ، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً فى تقدير الثمن .

ن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ فى ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مقاول عن الأجر فى مقاولة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شىء مستقبل ، وهى صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل فى الشىء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ فقرة ٢) أو رهناً حيازياً (م١٠٩٨) . وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل فى التركة المستقبلة ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٢١٧ — التركة المستقبلة : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون الجديد على ما يأتى : « غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون (١) » . وهذه

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرتيه) فى المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا . ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدى يجيز التعامل فى التركة المستقبلة برضاء المورث . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل حظر التعامل فى تركة الإنسان ما بقى على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التى جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث فى هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف فى التركة المستقبلة إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهى الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه ، ينتفى استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيح للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد أقرهم على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٥ فى الهامش) . وورد فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « ورد على قاعدة جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة استثناء يتعلق بالتركات المستقبلة ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذى تضمنه المشروع أعم من نص المادتين ٢٦٣/٣٣٢ من التقنين الحالى ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالى خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل فى التركة المستقبلة إذا كان حاصلا برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم=

القاعدة ترجع فى أصلها الأول إلى القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يعد التعامل فى التركات المستقبلة مخالفاً للآداب لأن من يتعامل فى تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغرى ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل فى التركة المستقبلة كانوا ينظرون إلى

=مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلا ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلة . أما المشروع فقد اتبع فى هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذيوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٣١٢ من التقنين الألمانى ، وكذلك المادة ١٢٧١ من التقنين الإسبانى والمادة ١٣٧٠ من التقنين الهولندى والمادة ٥٨ من التقنين البولونى) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا فى التصرف وارتضاه . وليس يكفى لإتمام التعاقد فى هذه الصورة رضاء المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاء المورث ، ويجب أن يكون رضاء الجميع ثابتاً فى عقد رسمى . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فلهذه الحالة نظير فى التقنين المصرى الحالى ، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقترن رضاء المحال عليه برضاء طرفى الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل فى التركات المستقبلة قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة فى تطوره . فقد كانت الفكرة فى مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبى لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التى اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضعاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلة لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى فى التصرف ، فهو فى الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التى استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم . فللورثة مثلا أثناء حياة مورثهم وبموافقته أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلة . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨ — ص ٢٠٩) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد ، وأن تعود إلى الحكم القديم فى تحريم التعامل فى التركة المستقبلة ولو برضاء المورث ، فعدلت نص مشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا . ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون . وقد لوحظ فى الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التصرف=

مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا فى العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث الذى يتعامل فى تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال فى الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه فى المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى-لو رضى المورث خلافاً القانون الرومانى . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل فى تركة مستقبلة باطل ، أيا كان الطرفان ، وأيا كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى القانون المدنى القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فى هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلة ، ومن يكون طرفاً فى التعامل فيها ، وضروب التعامل التى ترد عليها .

فالتركة هى مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة . والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه

= التركة المستقبلة برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة . فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة «ولو كان برضاه» زيادة فى الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٢ ص ٢٠٩ — ص ٢١١) . وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى — وقارن المادة ٣١٢ من التقنين الألمانى والمادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى .

هذا وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن نصاً مماثلا لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل . فكانت المادتان ٢٦٣/٣٣٢ تقضيان بأن «بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه» . ولكن الفقه والقضاء فى مصر كانا يريان هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هى تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٦) .

إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة (١) . ويستوى أن تأتى التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ؛ فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل فى نصيبه فى تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلا .

أما الطرف الذى يقع منه التعامل فى التركة المستقبلة فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبى نصيبه فى التركة المستقبلة (٢) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع فى نصيب كل منهما من الميراث . أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبى ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً

---

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلا أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف فى كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملا فى تركة مستقبلة . ولا يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله فى سداد الدين من التركة التى سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس فى هذا تعامل فى مال يدخل ضمن تركة مستقبلة ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلا حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق فى وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالى فى الوقف كفيلا لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال فى تركة مستقبلة . كذلك لا يعتبر باطلا تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالب بشىء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنهـا جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل فى تركة مستقبلة وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٨ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٠ ص ٩٩) .

ولكن يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن فى أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبى ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة . كذلك يعد تعاملا فى تركة مستقبلة تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه فى أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

(٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه فى تركة مورثه — وهذا بيع باطل لأنه تعامل فى تركة مستقبلة — وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه فى الحال — وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للابطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكا لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف فى حق من حقوقه المحتملة فى تركة مستقبلة ، وكان البيع باطلا (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤) .

من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانونى ، أو يتفق مع أجنبى على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهى تختلف عن هذا الضرب من التعامل فى أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفى أنها لا تجوز إلا فى حدود معينة. والحكمة فى تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فإذا أبحنا للمورث التعامل فى تركته المستقبلة استطاع أن يحيد عن هذه الأحكام (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شىء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعا (نقض مدنى فى ١٤ يونية ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩)

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه فى الحال مالا مملوكا له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملا فى تركة مستقبلة ، بل هو تصرف فى مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقيد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض الموت . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بعيب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قررته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدنى فى ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص ١١٣٨) .

هذا والتعليل الذى ذكرناه فى تحريم التعامل فى التركة المستقبلة على المورث نفسه هو التعليل الذى قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع، إذ يكفى لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التحيل على مخالفة أحكام الميراث ألا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، ويبقى صحيحاً تعامل المورث فى تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدى تضمن حكما فى هذا المعنى حذف فى المشروع النهائى .

وكل ضرب من ضروب التعامل فى التركة المستقبلة محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً فى شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره (١) ، أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمه المورث (م ٩٠٨ — ٩١٣ جديد) .

§ ٢ — المحل ممكن

٢١٨ — الإمكان يقابل الوجود : رأينا فى الالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى أن الشىء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذى يكون محله عملا أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلا ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلا ، لأنه لا التزام بمستحيل . (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدنى الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا (٢) » .

---

(١) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه فى تركة كان عقده باطلا (محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فى ٢ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٥٠٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان محل الالتزام الذى نشأ عن العقد أمراً مستحيلا استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا. ٢ — أما إذا كان الأمر مستحيلا على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود فى الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد فى هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أى قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافى ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية. =

٢١٩ — الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون الالتزام مستحيلا فى ذاته كما تنص المادة ١٣٢ ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم فحسب . فقد يلتزم شخص بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه . فى هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسئولا فى هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرعه فى أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، فى كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العينى ويكون مسئولا عن التعويض على النحو الذى قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهى ما رجعت إلى الالتزام فى ذاته كما رأينا (١) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا

= فبعض هذه التطبيقات قد ورد فى مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادىء العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين البولونى ألخ... على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلا فى ذاته ، وأصبح النص كما يأتى : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا» . وأصبح رقم المادة ١٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل إن المراد من أن الأمر يكون « مستحيلا فى ذاته » هو أن يكون مستحيلا استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١١ — ص ٢١٤) .

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام فى ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالة موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض . =

الالتزام . ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشوئها بعد أن وجد . فتبرأ ذمة المدين . ولكن يبقى مسئولا عن التعويض إذا كان هناك تقصير فى جانبه، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك . أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله فى الحالتين قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا . وإن كانت لاحقة جعلته قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين (١) .

٢٢٠ — الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة فى الأمثلة التى قدمناها استحالة طبيعية . وقد تكون الاستحالة قانونية، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب فى القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض . فى مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنهى الالتزام إذا جدت بعد ذلك .

= ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية فى هذا البيع مستحيلا على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل فى ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقى ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال (م ٤٦٦ من القانون المدنى الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلا للفسخ .

(١) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هى لم ترجع إلى تقصير من الملتزم ، فينقضى الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

ويبنى على ما تقدم أن تعهد المحامى برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً فى جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامى ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلا ، فإن الالتزام يوجد أولا ، ثم يصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، فيكون المحامى مسئولا عن التعويض .

المبحث الثانى

المحل معين أو قابل للتعيين

٢٢١ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٣ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا » .

« ٢ — ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « ١ — يجب أن يكون الشىء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ — ويكفى أن يكون الشىء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وفى لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنص على حكم البطلان بعد أن استغنى عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف عبارة « صراحة أو ضمناً » من الفقرة الثانية لأن الاتفاق الضمنى يندرج تحت عبارة « استخلاص ذلك من أى ظرف آخر » وإضافة العرف كتخصيص يليه تعميم فى عبارة « من أى ظرف آخر » . فأصبح النص كالآتى : « ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا . ٢ — ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وأصبح رقم المادة ١٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٤ — ص ٢١٧) . أنظر المادة ١٩٠ فقرة ٢ من التقنين اللبنانى والمادة ٢٤٣ من التقنين الألمانى .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتى :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (١) » .

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب فى المحل أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين . فإذا كان المحل نقوداً ، وجب أن تكون هى أيضاً معينة أو قابلة للتعيين . أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس فى الأصل لتغيرها أى اعتبار .

فنتكلم : (أولا) فى كيفية تعيين المحل (ثانياً) فى تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً .

§ ١ — كيفية تعيين المحل

٢٢٢ — تعيين محل الالتزام إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل :

إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « ١ — إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزما إلا بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . ٢ — إذا لم يكن للنقد المعين فى العقد سعر قانونى فى مصر جاز للمدين أن يفى دينه بنقود مصرية بسعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يكن فى مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فبسعر قطعها فى أقرب سوق تجارية . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ٣ — إذا تأخر المدين عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزما بفرق السعر ، دون إخلال بفوائد التأخير » . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف النص كله لأنه يقرر حكما فى مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يحذف منها العبارة الأخيرة « ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك » ، فأصبح النص الذى أقرته اللجنة هو ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . وأصبح رقم المادة ١٣٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ — ص ٢٢٢) .

أنظر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . هذا وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن النص الآتى (م ٤٧٤/٥٧٧) : « إذا كان الشىء المستعار نقوداً لزم رده بعين قيمته العددية ، أياً كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد وقت العارية » . وهذا النص لا يختلف فى المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مقصوراً على عقد القرض .

معيناً. فإذا تعهد مقاول ببناء وجب أن يتعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين . وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام . فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلا للسكنى أو منزلا للاستغلال أو نحو ذلك ، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أي نوع من البناء هو ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعدوم .

٢٢٣ — تعيين محل الالتزام فى الشىء موضوع الحق العينى :

وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء ، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلا للتعيين. وهنا يجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة. فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة . فإذا باع شخص منزلا ، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها . وإذا باع سيارة معينة بالذات ، وجب أن أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة . لاسيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة . وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعدة فى صدد عقد البيع ، فنصت على أنه «يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه » .

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات ، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره ، كأن يذكر مثلا أن المبيع قطن من نوع الأشمونى وأن مقداره عشرون قنطاراً . فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة .

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف ، كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لعميل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره .

وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين ، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن (١) .

§ ٢ — تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

١٢٤ — تعيين النقود — العملة الورقية ذات السعر القانوني : إذا كان محل الالتزام نقوداً ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أي محل للالتزام . فيلتزم المدين مثلا أن يؤدي للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من الملاليم . وتقضي المادة ١٣٤ ، كما رأينا ، بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن

---

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبي كما إذا باع شخص عيناً بثمن يترك تقديره لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتعاقدين ، وتم التزام المشتري على محل معين . أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التقدير ، لأن عمل العقود لا يدخل في مهمة القاضي ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلا . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

هذا وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع ، وقد جرت على النحو الآتي : « ١ — إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء . ٢ — ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره ، فإن العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لأنه يعرض لحالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ في الهامش) . وبعد حذف النص لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها . أنظر أيضاً في هذا الموضوع المواد ٣١٥ و٣١٧ و٣١٩ من القانون الألماني ، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التمهيدي المادة ١٨٥ التي حذفتها لجنة المراجعة .

يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود ، سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين . وليس من اللازم أن يؤدى المدين النقود من النوع المنصوص عليه فى العقد : جنيهات أو قروشاً أو ملاليم . بل إن المدين يؤدى دينه عادة بنقد ذى سعر قانونى (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه ، فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى .

والأصل فى نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) . فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه . ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى ، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء .

٢٢٥ — العملة الورقية ذات السعر الالزامى (شرط الذهب) :
فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة ، لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية . وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولا فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . لهذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or) . فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز فى المعاملات الداخلية . وأن الشرط يكون باطلا لمخالفته النظام العام . وأن العقد الذى تضمنه هذا الشرط يكون باطلا كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ونحن فى هذا

الرأى تتفق مع القضاء الفرنسي (١) ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين(٢). ومما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر الإلزامي هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون إنما

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ٢٥ — وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٤١ (مع تعليق هيبير Hubert) — محكمة باريس الاستئنافية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥ — ٢ — ١١٥ — وفي ١٣ أبريل ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٠٥ .

(٢) أوبري ورو الطبعة الخامسة ٤ ص ٣١٨ — ص ٣٦٠ — كابيتان في داللوز الأسبوعي سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص ١ وص ١٧ و ص ٣٣ ، وسنة ١٩٢٧ ص ١ ، وسنة ١٩٢٨ ص ٥٣ — ديموج في مقال له في جريدة موثقي العقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١ ص ١٣٧ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ — جيز في مقال له في مجلة العلم والتشريع المالي (Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ — ليون كان في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٩٣ — سافاتييه جازيت داللوز ١٩٢٤ ص ٨٩ وتعليقه في داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ وسنة ١٩٢٧ — ٢ — ١٥٣ و ١٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا الرأى ويقولون بصحة شرط الذهب حتى في المعاملات الداخلية (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ — ديبويش (Dupuich) في تعليقه في داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٣٧ — اجنى في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ — لالو (Lalou) في تعليقه في داللوز سنة ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ و ٩٧ — وسنة ١٩٢٦ — ٢ — ٦٩ و ٩٥ — ماتر (Mater) في مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) ١ ص ١٩٣ وص ٢٨٩ و ٢ ص ١٩٣ — جوسران ٢ فقرة ٨٥٩) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً في هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بما يأتي : « ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامي للنقد الورق فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها » . وفي هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس قيمة الذهب باطلا في حالة تقرير سعر إلزامي (حتى في المعاملات الدولية : المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ — قارن القانون الفرنسي في ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ التقويم السنوي للتشريع الفرنسي سنة ١٩٢٨) ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد . ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تحتسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبي . وليس في هذا مساس بنص في القانون لأن النقد الأجنبي ليس له سعر إلزامي أصلا . ثم إن العدل يقضي من ناحية أخرى بان يتم الوفاء في المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذي يمثل العلاقة بين النقد الوطني والنقد الأجنبي » . وقد =

أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد فى البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسى إنما يبطل «شرط الذهب» فى المعاملات الداخلية فى فرنسا . أما فى المعاملات الخارجية ، وهى التى تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها ، كما إذا صدر تاجر فى فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج ، وكما إذا عقدت دولة قرضاً فى أسواق أجنبية ، فإن «شرط الذهب» يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسى أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التعادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا فى المعاملات الداخلية حيث ينبسط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما فى المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة ، ولا ينفذ اعتبار المشرع فى غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً (١) .

= حذفت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكماً فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص — (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ — ص ٢١٩ فى الهامش وص ٢٢٠ — ص ٢٢١) . وسنرى فيما يلى أن هذا القانون الخاص الذى ترك المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، ويبطل هذا القانون شرط الذهب حتى فى المعاملات الخارجية (الدولية) . ويغلب أن تترك التقنينات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون المدنى السورى الجديد على أنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ، ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبى » .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ٤١ وفى ٣ يونية سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣١ — ١ — ٥ وفى ٢ يولية سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ — ٤٥٧ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur.) ١٩٤٣ فقرة ٢٦٧٠ — محكمة بوردو الاستئنافية فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ٦ — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٠٥ — وفى ٩ يولية سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ٥٣٧ — وفى ٩ نوفبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٩ — محكمة بيزانسون الاستئنافية فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ٢ — ٥٥ . هذا وقد أيد المشرع الفرنسى وجهة نظر القضاء فى هذا الموضوع فنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً فى المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ وقانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٨٠ وفقرة ١١٨٥ — جوسران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة — كولان وكابيتان الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٢ .

٢٢٦ — شرط الذهب في القانون المصري : أما في القانون المصري فقد مر القضاء بمرحلتين :

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب — وهذا هو السعر القانوني — وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب — وهذا هو السعر الإلزامي — وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأي سبب وبأي مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالعملة الذهبية ، بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن ، أي سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو جدت بعد ذلك . والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقاً ، ولم يميز المرسوم في ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي ، فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره .

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعض قضى بصحته ، وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً(١) .

---

(١) أنظر في معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — وفي معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ — وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ — وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ — وفي معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ — وفي ١٣ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١ .

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تجزىء أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، فتبقى حكمان وهما اللذان يقرران السعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي ينفذان على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، لأنهما صدرا من الدولة المصرية عملا من حق السيادة ، وأما الحكم الثالث وهو الذي ينص على بطلان شرط الذهب فلا يعتد على الأجانب في رأي هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية عملا من حق السيادة ، وهو =

(المرحلة الثانية) وبقى القضاء المصرى يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرع المصرى بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهرى ، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصفة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم فى شأنها خلاف جدى ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلا فى هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلا فى المعاملات الخارجية ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ ، لأن النص الذى ورد فى مرسوم سنة ١٩١٤ فى بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ فى هذا الصدد ما يأتى : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه ، وليس ذلك لأن النص عام فحسب ، بل هو فوق ذلك صريح قاطع ... فالدفع أيا كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلا شك فى عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذى حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسوية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا يدع أى شك يحوم حول تطبيق القاعدة التى أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتى تقرر أمراً من أمور النظام العام ، على

= يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجارى المختلط التى تقضى بأن وفاء الكمبيالة يكون بالعملة التى تذكر فيها ، ولم توافق عليه الجمعية التشريعية . أنظر فى أحكام المحاكم المختلطة فى هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ — وفى ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ — محكمة مصر الكلية فى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ (قضية الدين العام) . ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختلطة فى ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل فى أعمال السيادة وذلك فى جميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلا (أنظر فى هذا الحكم وفى غيره من أحكام أخرى نظرية العقد للمؤلف ص ٥١٠ حاشية رقم ١) .

ذلك النوع من الاتفاقات ، عملا بنص المرسوم المذكور وروحه ، وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصلحة البلاد العامة (١) » .

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيرياً

---

(١) وقد ورد فى صدر المذكرة الإيضاحية تفنيد للأحكام المصرية التى تقضى بالتمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ننقله فيما يلى : « اتفق لبعض الأحكام فى سياق بحثها فى تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التى تنشأ ويكون الوفاء بها فى القطر المصرى) أن تشير — عرضاً ودون أن تقيم الدليل على رأيها — إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تسرى على الاتفاقات ذات الصبغة الدولية . وذهبت أحكام أخرى فى دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية ، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يعفى المدين حيث يكون الوفاء فى الخارج من دفع دينه ذهبا . ومن أجل ذلك تنكر تلك الأحكام أن يكون لأوراق البنكنوت سعر رسمى إلزامى حتى فى داخل القطر المصرى إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صبغة دولية لأن فى ذلك إضراراً بليغاً بالدائنين الذين يقتضون ديونهم فى القاهرة أو فى الإسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة فى المعاملة بين الدائنين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تستمد التمييز بين نصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسوى ، وإنما جاز ذلك التمييز فى فرنسا لعدم وجود حكم تشريعى يقضى ببطلان شرط الدفع ذهباً ، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق البنكنوت جعل لها سعر إلزامى إلى جانب سعرها الرسمى ، فكان للمحاكم مطلق الحرية فى تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً مستوحية فى ذلك أسباب النظام العام القومى وحدها . ورغما من الحملات المتكررة التى حمل بها بعض الفقهاء على أحكام القضاء فى هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة فى الحكم ببطلان شرط الدفع ذهبا فى الاتفاقات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصبغة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسوية أول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإبرام الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً باطلا إذا كان المدين فرنسويا وصحيحاً حيث يكون من شأن وفاء الأجنبى بدينه دخول الذهب فى فرنسا . ولكنها انتهت إلى اعتماد صحة شرط الدفع ذهباً فى العقود ذات الصبغة الدولية إطلاقا . ويرى بعض الشراح أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول فى تحقيق المصالح القومية إذ كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدينة . وقد أيد قانون تثبيت النقد الصادر فى سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية المشروط دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد . ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما لقضاء المحاكم الفرنسوية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءها على أساس قانونى مقبول) غير مسلمة فى جميع البلاد . فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التى نظرت فى دعوى شركة « تعاون البلديات البلجيكية المسكوبة » قضت اثنتان منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) ببطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس اللوردات بصحة الشرط المذكور ، دون أن يجعل أى تلك الأحكام الثلاثة للصبغة الدولية للاتفاق أى شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان ، ثم إن قانون النقد الإنجليزى ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية . وفى إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون فى أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضى على الحكومة والأفراد بقبول التعامل بأوراق البنكنوت (وكان لها سعر إلزامى) بقيمتها الإسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للمسكوكات ولو نص العقد على خلاف ذلك . وظل ذلك القانون معمولا به حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تفرق فى تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لوصفها بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تقضى ببطلان ما تضمنته الاتفاقات الدولية من =

يسرى على الماضى . وهو يتضمن النص الآتى .: «تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الأسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا قانوناً فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون» .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١) .

ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم ، لأن القانون المدنى الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة (٢) . وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذى يرجع إليه فى بطلان شرط الذهب ، دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية .

= شروط الدفع ذهباً . وفى مصر يحكى نظام أوراق البنكنوت من حيث سعرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل فى وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتى ١٨٦٦ و ١٨٨١ فى إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه ...» (مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ ص١٧٣ — ص١٧٥) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٤٢ . وقد قضت هذه المحكمة فى حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المماثلة فى عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التى اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتاهما فى صدد طريقة وفاء الدين ومواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك. وحيث يكون شرط الذهب ممنوعا فإنه يكون باطلا سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، فيكون إذن باطلا كل شرط — أيا كانت صورته — أملاه اعتبار يرجع لعدم الثقة فى العملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التى يخير بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ نبذ على وجه قاطع التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية. وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب — ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٤٢ — ٤ نوفبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ فى الهامش) أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً (م١٨٧) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح فى الوقت ذاته شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها . وقد حذف النص فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكما فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف فى صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف فى صحة هذا الشرط يبقى قائماً ، وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المختلط فى هذه المسألة .

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(dans le commerce)

(النظام العام والآداب)

٢٢٧ — متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح أن يكون محلا للالتزام ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

فالشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته(١).

وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحى ، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغرافى) ، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلا للالتزام .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يجعل ريعه لسلسلة من المنتفعين ، يقتضى ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبى . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلا للتصرف فإنه يصلح محلا للإيجار ، كما فى شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو «كابينات» على شواطىء البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط فى كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع

---

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب. على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أولهما معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فآثر أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلة . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب . سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدنى الجديد هذه القاعدة العامة فى العبارات الآتية : «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا (١)» . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام؛ ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب » . وفى لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضى ببطلان العقد ، فأصبح مماثلا للنص الذى انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥ ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤) .

٢٢٨ — النظام العام والآداب[*] **L' ordre public et les bonnes moeurs** : القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى . بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى ، فهو شيء متغير ، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة «مصلحة عامة» . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد «النظام العام» تحديداً مطلقاً يتمشى مع كل زمان ومكان . لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار «المصلحة العامة» . وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى (١) .

(*) بعض المراجع : بارتان (Bartin) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب — سافاتييه (Savatier) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه (رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦) — مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) — ريبير (Ripert) في القاعدة الخلقية في الالتزامات — تشانداروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فعلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشستاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب والنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنيها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع =

والآداب ، فى أمة معينة وفى جيل معين ، هى مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وماجرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير فى تكييفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقى ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبى كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك ، بل فى الصميم منه ، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبى الذى تخضع الناس له ، ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبى» ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتى ، بل هو معيار اجتماعى يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو فى ذات الوقت معيار غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية فى حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة فى الزواج والعرى ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وإدخال المهربات فى بلاد أجنبية ، وكانت

= العامة أو على رأيه الخاص فى المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكى بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام . وكان يرى من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادىء حماية الطبقة العاملة مخالفا للنظام العام . على أن هذه النتائج بعينها هى التى جعلت غالبية أعضاء الريشستاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظرى ، وترغب فى وضع معيار عملى بحت قوامه العرف والمبادىء المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التى أشار إليها الحزب الاشتراكى باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعى للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألمانى الجزء الأول ص ١٠٤ — ص ١٠٥) . ومهما يكن من أمر فليس فى الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اطراح ما توطد واستقر من التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة فى نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانونى لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالقاضى أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة فى العدل الاجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣) .

من قبل غير ذلك[١] .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجيل والبيئة . وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة[٢] . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرد بالعوامل الخلقية ، حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit)[٣] . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

(أولا) فكرة المعيار . فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة ، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبى . وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

(وثانياً) فكرة النسبية ، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

---

(١) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تدخل فى الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعى . فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكرما منه بل اعترافا بجميل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعى وليس تبرعا . فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلا . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاما طبيعيا فى ذمة المدين .

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٣) ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام ،وأخرى تخالف الآداب ، فى عصرنا الحاضر .

المطلب الأول

الاتفاقات التى تخالف النظام العام

٢٢٩ — روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام فى دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك فى روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز فى روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك . وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التى سنوردها .

§ ١ — روابط القانون العام

٢٣٠ — أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

ويشمل القانون العام فيما يشمله : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائى . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع .

٢٣١ — القواعد الدستورية والحريات العامة : فالقاعدة الدستورية التى تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز

لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام . كذلك النائب فى هيئة تشريعية حر فى تكوين رأيه فى المسائل التى تعرض على الهيئة التى ينتمى إليها ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأى معين ، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والحريات العامة التى قررها الدستور هى أيضاً من النظام العام ، وذلك كالحرية الشخصية ، وما يتفرع عنها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرمة النفس والحرمة الأدبية ، وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدنى الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدوم ، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أورب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدنى الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصرى من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصرى الإقامة فى جهة ما ولا أن يلزم الإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة فى القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة فى جهة معينة إذا وجد مبرر قوى لهذا التعهد . وفى الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العينى .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً ، كان هذا التعهد فى الأصل باطلا ، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلا . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته . وإذا كان

التعهد صحيحاً ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذى رتب له . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتعهده ، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد . ولا يكون مسئولا بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة فى وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلا كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة ، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة . وإن كان هناك ميل فى الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فى الألعاب الرياضية حتى لوكانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأى العام عنها . وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبى فى إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية فى مؤلفه .

ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص فى اعتناق الدين الذى يختاره، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق فى أن يجتمع مع غيره ، فى هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذى تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ فى حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق فى الانضمام إلى النقابة التى يختارها ، وهو حر كذلك فى ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضما إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما فى أن يبقى بعيداً عن النقابات (١) .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ داللوز ١٩١٦ — ١ — ٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٧ مع تعليق بتكاز — أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨ .

ولكل شخص الحرية الكاملة فى اختيار العمل الذى يتخذه حرفة له وفى القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يحرم شخص من حقه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وفى عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره ، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصى بمقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعرضاً للمشترى ووجب الضمان . ولكن المشترى لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذى يقرره القانون ، بل يشترط فى عقد البيع أن يكف البائع عن العمل فى هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً مايشترط صاحب العمل على من يستخدمه فى عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على أسرار الصنعة أن يستغلها العامل فى منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص بألا يعمل فى تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته فى التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء فى فرنسا وفى مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة فى مكان معين ، كان التعهد صحيحاً (١) . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار فى الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ١٧٥ — حكم ثان فى ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٤٤ — حكم ثالث فى ١٥ يونية سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٠ .

وانظر محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٢٠ ص ٢٠٠ — محكمة بنى سويف فى ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٥ ص ١٨٤ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٥ ص ٦٥٥ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٦ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ — وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ .

يكون التعهد معقولا (raisonnable) لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد فى الزمان أو فى المكان ، ويكون التعهد باطلا إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً فى الزمان وفى المكان . فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده (١) .

وقد جاء القانون المدنى الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن ، فاشترط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة فى جملته (م ٦٨٧) (٢) .

٢٣٢ — النظم الإدارية والمالية : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة ، فهى إذن من النظام العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة .

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر ، على أن الوظيفة ذاتها شىء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلا لتصرف ما .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٢٥٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٤٢٩ ص ٧٩٠ .

وانظر فى هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية فى القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل — ليون سنة ١٩٢٥ — وانظر أيضاً لاباتى (Labatut) فى القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل فى القضاء الفرنسى — تولوز سنة ١٩٢٨ .

(٢) ولكن التصرف فى العملاء يجوز على النحو الآتى : يتعهد طبيب مثلا ألا يباشر مهنة الطب فى جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد — وهو الدائن فى هذا التعهد — لعملائه على اعتبار أنه خليفته ، ويصحب هذا التعهد فى الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذى جعل فيه « عيادته » . (أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٠٣ هامش رقم ٢).

كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رمى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجني من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلا لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقده باطلا . فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقاولة» يرسو «العطاء» عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلا لمخالفته للنظام العام (١) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن ، كالطب والمحاماة ، ما ينظم تنظيما إدارياً ، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة (٢) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد ، ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصورى المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥ (السعى للحصول على رتبة أو نيشان) — وانظر أيضاً في المعنى ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٥/ ٢ .

(٢) فلا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطا بينه وبين موكليه ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامى أن يأخذ في مقابل «أتعابه» جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٢٣٣ — النظام القضائي : نظم التقاضي تحقق في مجموعها «مصلحة عامة» ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فتحديد اختصاص المحاكم — فيما عدا الاختصاص المحلي — يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي ، فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية ، أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلا للاستئناف أو المعارضة (٢) .

٢٣٤ — القوانين الجنائية: ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلا أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية ، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون ، كأن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر في قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام . نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٧ ص ٥٠٧ — ص ٥١٠ .

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً ، فالتبديد لا يكون إلا فى عقود معينة مبينة على سبيل الحصر (١) .

٢§ — روابط القانون الخاص

٢٣٥ — الأحوال الشخصية والمعاملات المالية : هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية ، أو داخلة فى دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ — الأحوال الشخصية : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شىء من ذلك. بل إن القانون المدنى الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ونصت المادة ٥١ على أنه « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدنى الجديد على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

---

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشترى — فى البيع بالتقسيط — على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق (١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فللأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلا . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام ، تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

٢٣٧ — المعاملات المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادى في البلاد ، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردى ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردى وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدنى الجديد) . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هى اضطره إلى ذلك (نقض مدنى في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥) . ويكيف التعهد بأنه التزام أصلى معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

(م ٨٣٤ من القانون المدنى الجديد) ، لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التى تكفل حماية الجانب الضعيف ماقرره القانون فى صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدنى الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدنى الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدنى الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ من القانون المدنى الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون (م ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد).

ومن الأحكام التى تحمى الغير حسن النية القواعد التى رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشترى على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية فى حق المشترى ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذى يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن فى تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصى أو عدم مسئوليته عن الغش الذى يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ؛ ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثانى

الاتفاقات التى تخالف الآداب

٢٣٨ — العلاقات الجنسية : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر فى مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو فى مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذى يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعى .

٢٣٩ — بيوت العهارة : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى . فبيع بيت يدار للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . وسنرى عند الكلام فى السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

٢٤٠ — المقامرة : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب ، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ من القانون المدنى الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من القانون المدنى الجديد) . ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا فى بيوت العهارة .

٢٤١ — أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب : ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا ،

كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه فى مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر لذلك . ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة فى التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلا لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالمتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح ، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن المتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين . ولا يعد باطلا اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه ، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه ، بل كشف له عن سر حقيقى كان يجهله .

الفرع الثالث

السبب (*)

(La Cause)

٢٤٢ — السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها :

نعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه

(*) بعض المراجع : كابيتان : السبب فى الالتزامات ــ لوى لوكا (Louis Lucas) الثمن والعقد ــ جوسران : البواعث فى الأعمال القانونية — ريبير : القاعدة الخلقية فى الالتزامات — ديموج فى الالتزامات جزء ٢ ــ بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ ــ دراسات كابيتان : سيمونيس (Simonius) فى السبب فى القانون السويسرى ص ٧٠٣ — ڤان كان (Van Kan) أصل الالتزام دون سبب فى القانون المدنى ص ٨٧٥ — نظرية العقد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ — الدكتور بهجت بدوى من فقرة ١٠٠ — الدكتور حشمت أبوستيت من فقرة ٢٢٠ ــ الرسائل والمقالات: أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ ــ بريسو (Brissaud) سنة ١٨٧٩ ــ تمبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ ــ كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ ــ سيفريادس (Sefériadès) باريس سنة ١٨٩٧ ــ بلـنيلا (Plenila) باريس سنة ١٩١٠ ــ بيشون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ ــ ساڤاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ ــ ديبريل (Dubreuil) ليون سنة ١٩١٩ ــ لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ ــ دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩١٩ =

من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل — كما يقال عادة — هو أن المحل جواب من يسأل: بماذا التزم المدين (Quid debetur)، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (Cur debetur) (١) .

والسبب بهذا المعنى لايكون عنصراً في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدى إذ الالتزام غير العقدى لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدى دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب ، أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب ، وإن تميز عن الإرادة ، متصلا بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى ، كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتمييز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة . ولكن الركنين متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر (٢) .

= ومقال له في المصادر الحديثة لنظرية السبب في الالتزامات في بنجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ — مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ — يوناسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣، ومقال في مجلة القانون المدنى الإقليمية سنة ١٩٣١ — سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٣ — كاسان في مجلة القانون التجارى السنوية سنة ١٩٢٣ — ماكرون (Macqueron) باريس ١٩٢٥ — شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ — برس (Brosso) في السبب في القانون الإنجليزى ديجون سنة ١٩٢٩ — رينو (Ronaud) باريس ١٩٣٠ — فيدل (Vedel) في السبب في القانون الإدارى تولوز سنة ١٩٣٤ — بواجيزان (Bois Juzan) بوردو ١٩٣٩ — الأستاذ عبد الحميد رشدى مقال في المحاماة السنة العاشرة — الأستاذ نصيف زكى مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة .

(١) وأول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audot)، ثم نقلها عنه كثير من الفقهاء : أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش رقم ٢ — هيك ٧ ص ٧٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٥ — لوران ١٦ فقرة ١٠٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ — ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٦٨ .

٢٤٣ — السبب والإرادة معنيان متلازمان ، ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان :وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية: كلما زاد حظ الإرادة فى تكوين العقد . وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب. ذلك لأن الإرادة،من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية ، إذا انطلقت من قيود الشكل ، وجب أن تتقيد بالسبب . وعند ما كان الشكل وحده — دون الإرادة — هو الذى يكون العقد ، لم يكن للسبب من أثر . وبدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب ، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلا من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم : فإن السبب لم يكد يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره ، وبرز قوياً ليحوط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل . وهكذا هى الحال فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأينعت نظرية السبب وتطورت ، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى فى الانتقاص من سلطان السبب .

٢٤٤ — علاقة السبب بالمشروعية وبعيوب الإرادة: منذ تحررت الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا . وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفى صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب ، وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمى المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه

ومما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً .

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت فى نظرية السبب . ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب . فانفصل الإكراه ، ثم انفصل التدليس. وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط فى منطقة مشتركة ، هى منطقة السبب المغلوط أو الغلط فى السبب . وقد أتم القانون المدنى الجديد هذا التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلا تاماً . وأصبح السبب فى هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة — دائرة السبب المشروع — هى الدائرة الأولى التى نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر فى القانون الكنسى . وبذلك رجع السبب سيرته الأولى ، وعاد كما بدا .

٢٤٥ — تطور العقد من عقد شكلى إلى عقد رضائى مسبب إلى عقد رضائى مجرد : وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى. فسيقرئنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائى (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر. ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . وسنرى أن القانون المصرى الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر فى ذلك على نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى فى دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال العقد رضائياً ، وحيث تشغل نظرية السبب فى العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا فى دائرة محدودة ضيقة .

٢٤٦ — خطة البحث فى نظرية السبب : ونستعرض نظرية السبب فى مبحثين ، نتعقب فى المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط فى المبحث الثانى نظرية السبب فى القانون الحديث .

المبحث الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ — القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم : في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقي عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقي التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية . وقد نبتت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا . وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها ، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهوداً طويلة . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث ، ضعيفة الأثر ، قليلة الجدوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جدتها في العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية .

المطلب الأول

نظرية السبب في القانون الروماني

§ ١ — العهد القديم

٢٤٨ — العقود كانت شكلية فلم يكن للسبب فيها أي أثر : كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكلية . فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكلية ثلاثة : عقد يتم بوزن صوري (nexum)، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي (litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص ، والعقد اللفظي (verbis) ويتم بألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه

الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها «السبب المدنى» (causa civilis). فهى ليست سبباً للالتزام العقدى على النحو المعروف فى القانون الحديث ، بل هى سبب لانعقاد العقد ، أو هى الشكل القانونى الذى يجعل العقد يتكون (١) . وهذا الشكل ضرورى فى انعقاد العقد ، وهو فى الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضرورى لأن العقد بدونه لا ينعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم ، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة ، هو الذى يوجد العقد.

ومن ثم يتبين أن السبب فى هذه العقود الشكلية لم يكن له أى أثر فى تكوين العقد ، فسواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع ، فإنه لا شأن له بالعقد ، مثله فى ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانونى انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

٢٤٩ — وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب فيها أى أثر: وكما كانت العقود فى العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذى ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هى أيضاً ثلاثة : وضع يتم بأشكال عتيقة (mancipatio) ، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (in jure cessio) ، ووضع مادى يتم بالتسليم (traditio). وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية ، دون نظر إلى السبب الذى انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشترى ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم ، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

---

(١) لم يقتصر «السبب المدنى» (causa civilis) فى القانون الرومانى على العقود الشكلية، بل كان بوجه عام هو المصدر القانونى الذى يكون العقد ويضفى عليه قوته الملزمة . ومن ثم يكون «السبب المدنى» للعقود الشكلية هو الشكل ، وللعقود العينية هو تسليم الشىء ، وللعقود الرضائية هو مجرد الاتفاق ، وللعقود غير المسماة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

§ ٢ — العهد المدرسي

٢٥٠ — اختفاء أكثر العقود الشكلية : تطور القانون الروماني بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل ، فاختفت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصوري (nexum) بزوال الفائدة التي كان يوليها ، وهي دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (manus injectio) . واختفى العقد الكتابي (litteris) باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها ، وكان الرومان قبلا يحتفظون بها ، ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت ، فانقرض بانقراضها العقد الكتابي .

ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي (verbis, stipulatio) لسهولته النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلي .

٢٥١ — بدء ظهور السبب في العقد اللفظي : على أن العقد اللفظي مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الروماني من أن يتأثر بفكرة السبب . تأثر بها تأثراً غير مباشر في ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً في ناحية ثالثة .

فإذا كان العقد اللفظي سببه غير موجود أو غير مشروع ، فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر في القانون الحديث ، بل كان العقد يبقى صحيحاً ، ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني (condictiones sine causa) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يلجأ إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو إذا لجأ إليها كدفع يستطيع أن يتوقى مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . وإذا لجأ إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به . وسنرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه (١) . ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الروماني المدني (Jus civil) .

---

(١) ومن ثم كان أول مظهراً لفكرة السبب في تطورها مظهر اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب ، على فرق ما بين معنيي «السبب» في الحالتين .

أما القانون البريطوری (droit prétorien) فقد جعل للمدين فى الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالغش (exceptio doli) يستطيع به أن يتوقى مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بقى العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك فى ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلـــغ من النقود . فقد جرت العادة فى القانون الرومانى بأن يتعهد المقترض برد القرض بعقد لفظى . ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظى بدلا من التفوه به ، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً ؛ والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد ، فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن تعسف المقرضون بالمقترضين ، إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد ، ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطورى (constitution impériale) تعديلا فى هذه الأحكام يقضى بأنه إذا التزم المقترض ، واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض ، فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم فى الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae) ؛ وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقترض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن فى هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام ، وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب فى العقد اللفظى عن طريق مباشر ، فانعدام السبب يمنع نفاذ العقد ، ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد

أن يصير العقد نافذاً (١) .

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب فى العقد اللفظى . فإن السبب لم يقم على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد ، بل قام على أســـاس موضوعى لا صلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة أن المقترض لم يتسلم القرض ، وأن العدالة تقضى فى هذه الحالة ألا يلتزم بشىء نحو المقرض . فالسبب هنا كالسبب فى الفرضين السابقين — دعوى الاسترداد والدفع بالغش — إنما قام على اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة . وبقيت الشكلية فى العقد اللفظى مانعة من ظهور السبب متصلا بالإرادة . ذلك أن الشكلية والإرادة فى القانون الرومانى ضدان لا يجتمعان ، وإذا طردت الشكلية الإرادة فإنها تطرد فى الوقت ذاته السبب بمعناه النفسى وهو المعنى المتصل بالإرادة .

٢٥٢ — ظهور السبب فى العقود غير الشكلية : وقد ظهر إلى جانب العقود الشكلية فى القانون الرومانى عقود أخرى غير شكلية ، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع . ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة فى تكوينه ، فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة فى تكوين العقد .

أما فى العقود العينية — وهى القرض والعارية والوديعة والرهن — فإن الإرادة لم تكن ظاهرة ، وكان أساس الإلزام فى هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم ، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مثرياً دون سبب .

وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية - وهى البيع والإيجار والشركة والوكالة — فالإرادة فيها تتدخل فى تكوين العقد ، بل هى وحدها كافية

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر فى العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد نفذ (cautio discreta) أى إذا لم يعترف المدين كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم . ولم تقف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المهر ، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثليات غير النقود . وعممت القاعدة بعد ذلك ، فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كابيتان فى السبب فقرة ٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨٤) .

لتكوينه . ومن ثم ظهرت فكرة السبب فى هذه العقود ظهوراً واضحاً . فى عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشترى ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يقم التزام المشترى لانعدام السبب . ولـكن فكرة السبب فى عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد ، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه . ويظهر ذلك فى امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفى امتناع الفسخ وفى تبعة هلاك المبيع ، وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب . فكان لا يجوز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشترى عن دفع الثمن ، فالتزام كل المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . وإذا كان القانون الرومانى جعل للمشترى فيا بعد دعوى الغش ليمتنع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع ، وجعل للبائع الحق فى حبس المبيع حى يقبض الثمن ، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته ، بل لاعتبارات ترجع للعدالة ، ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لـكان المنطق يقضى بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع (actio ex empto) (١). كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذى لم ينفذ ، حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك على المشترى لا على البائع . وفى هذا إمعان فى تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشترى عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع لهلاك المبيع تنفيذ التزامه ، بقى المشترى مع ذلك ملزما بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الرومانى قاطعاً فى المعنى الذى أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع فى القانون الرومانى لم يكن ينشىء فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملـكية ، ولم يكن المشترى يصبح مالـكاً للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال — كما قيل فى

---

(١) أنظر كابيتان فى السبب ص ٩٤ .

القانون الفرنسي — إن المشترى يتحمل تبعة الهلاك لأنه أصبح مالكاً . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشترى عند تكوين عقد البيع حتى صح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع ، بل يصبح كل التزام فى تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر ، وتقف فكرة السبب كما قلمنا عند تكوين البيع ، دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ (١) .

وفى العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتى : فى عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذى يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض . وهذا الالتزام الأخير يقوم لا على إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر فى أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلا ، فتحقق السبب . فإرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه (٢) .

وفى الهبة — وهى أهم عقود التبرعات — اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (animus donandi) ، وهى السبب فى التزام المتبرع . وترتب على ذلك نتيجة هامة ، هى أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعى معتقداً أنه التزام مدنى لا يكون متبرعاً ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقترنة بشرط (donatine sub modo) يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (conditio causa data, causa non secuta) ، وله

(١) أما فى عقد الإيجار فإن الارتباط يجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة فى هذا العقد تقابل الانتفاع ، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة قاهرة ، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تجب . وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للمؤجر الحق فى استرداد العين المؤجرة (كابيتان فى السبب ص ٩٨) . ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمنى ، الزمن فيه عنصر جوهرى ، وهو محل العقد ذاته .

(٢) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا . وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلا من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التى كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة ، أو قد يكون الحق فى الاسترداد نتيجة لفسخ العقد ، وفى هذا اعتراف بالسبب فهو الذى بنى على تخلفه فسخ العقد (كابيتان فى السبب فقرة ٥١) .

أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفى الوصية — وهى إرادة منفردة — اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد أن مزجه بالباعث . فإذا اعتقد الموصى أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبى ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصى أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها (١) .

٢٥٣ — موقف القانون الرومانى من نظرية السبب: ويتبين مما قدمناه أن القانون الرومانى اعترف فى بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هى التى ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لاذاتية (subjectif) ، ونظروا إلى السبب موجوداً فى العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque) ، وهو واحد لا يتغير (invariable) فى النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا فى السبب فمزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك فى نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص فى بعض التبرعات على النحو الذى بيناه (٢). وسنرى فيما يلى أن هذا التصوير الرومانى هو الذى رجع إليه دوما (Domat) ، فى صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم : قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

المطلب الثانى

نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم

٢٥٤ — عهدان : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التى سبقت التقنين المدنى الفرنسى ، من القرن الثانى عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر .

(١) كابيتان فى السبب فقرة ٥٥ .

(٢) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكلية . فلم تضع الرومان أية نظرية للسبب ، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة « السبب » قصدوا بها « السبب المدنى » (causa civilis) التى رأيناه فيما تقدم .

وفى خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسى المعروف دوما (Domat) فى القرن السابع عشر . إذ هو الذى صاغ فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التى سبقته . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته الفقهاء فى صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتييه (Pothier) إلى التقنين المدنى الفرنسى .

فنحن نتابع تطور نظرية السبب فى كل من هذين العهدين : (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذى بدأه دوما .

§ ١ — نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما[1]

٢٥٥ — الرومانيون والكنسيون : تداول فكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء : فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes). فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية فى السبب ، وهى فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا . ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت فى القانون الرومانى . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة . فانتزعوها من أصلها الرومانى إلى أفق أرحب ، وجعلوها فكرة مؤثر فعالة . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

٢٥٦ — فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين : عاد المحشون (glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية . وتطلبوا السبب فى مختلف العقود . ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ، بل هو مجرد ذكره فى الورقة المثبته للعقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم . وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين ، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الرومانى ، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ فى البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ،

(١) أنظر بنوع خاص فى هذا العهد كابيتان فى السبب فقرة ٥٧ — فقرة ٧٧ — شيفريه (Chovrier) فى تاريخ السبب فى الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ — بوا جيزان (Bois - Juzan) فى السبب فى القانون الفرنسى بوردو سنة ١٩٣٩ ص ١١٠ — ص ١٤٤ — والمراجع المشار إليها فى هذه المؤلفات .

بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون، بين السبب والباعث، فسموا الأول «السبب القريب» (causa proxima) وكان المحشون يسمونه «السبب القصدى»(causa finalis) ، وسموا الباعث«السبب البعيد»(causa remota)وكان المحشون يسمونه « السبب الدافع » (causa finalis) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه« بالسبب المدنى » (causa civilis) وهو السبب الإنشائى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شىء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث .

ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب . ولكنهم كما قدمنا لم يجاوزا الحدود التى التزمها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا نفسية . داخلة فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

٢٥٧ — فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين : أما فريق الفقهاء الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم ، هى الاعتبارات الأدبية المسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم — لا الشكل — هى التى تنشىء العقد وتجعله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا المبدأ حتى أقروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج

بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد ، والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً . فالخطيئة ليست فى أن يخل بهذا الارتباط ، بل فى أن يرتبط بعقد غير مشروع . الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى . وها نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب فى تعاقده . وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب فى صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها فى القانون الرومانى . شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملا نفسياً زاخراً بالقوة ، بعيداً فى الأثر . ويبدو لنا فى وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة — بعد أن جردوها من الشكل — الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه ، وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى ، الموضوعى ، الداخل فى العقد ، والذى يبقى واحداً لا يتغير فى نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ، الخارج عن العقد ، والذى يتغير فيختلف فى عقد عنه فى العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

أولا — أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملا أساسياً فى تكوين العقد .

ثانياً — أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً — أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيداً على الإرادة . فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادىء القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً

صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى» عبارة «الوعد المسبب» (promesse causée) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة (pacta vestita) طائفة جديدة هى طائفة «الوعود المسببة» .

رابعاً — أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى ، إذ حررها من الشكل ، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه لتحقيق ، غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الرومانى الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادىء الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التى تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، فى إبطال العقد ، السبب غير الحقيقى . فإذا وقع غلط أو تدليس فى الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقى ، وبطل العقد . ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر فى إيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة فى نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (civilistes) من أمثال لوازيل (Loysel) [1] ودعولان (Dumoulin) ، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، واصلين فى هذا ما بين الإرادة والسبب ، وجاعلين للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الكنسيون . وبقى فقهاء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau)

---

(١) وهو صاحب المثل المشهور : « يربط البقر بقرونه ، ويربط الرجل بكلامه ، ومجرد الوعد أو الاتفاق يعدل العقود الشكلية فى القانون الرومانى » . «On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit Romain». (Inst. cout. max. 357).

محافظين على تقاليد القانون الرومانى ، فلا يسلمون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم ، ولا يفهمون السبب إلا فى ضوء الفكرة الرومانية الضيقة . ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثانى . فاعترف الفقه والقضاء فى فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التى تهدف لتحقيقها غاية مشروعة ، وفهم السبب بالمعنى الذى ابتدعه الكنسيون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العقود التى تهدف لاستغلال النفوذ ، واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر فى التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات .

وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب . ولننظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

§ ٢ — نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى (١)

٢٥٨ — العوامل التى أثرت فى هذا العهد وفقهاؤه البارزون : جاء دوما فى القرن السابع عشر ، وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة فى تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التى كانت تؤثر فى التفكير القانونى لرجال هذا العهد ثلاثة :

أولا — انتكاص القانون الرومانى وتقلص نفوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية ، وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية ، كل هذه التقسيمات العتيقة أخذت تهجر فتسير فى طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية فى السبب كما قدمنا .

ثانياً — أثر القانون الكنسى . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبين فى ميدان سلطان الإرادة ، فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسير وراءهم فى ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

(١) أنظر بنوع خاص فى هذا العهد : كابيتان فى السبب فقرة ٧٧ — فقرة ٨٠ — شيفربيه ص ٢٤٦ وما بعدها — تمبال ص ٨٨ وما بعدها — يوتاسكو ص ٤٢ وما بعدها — بواجيزان ص ١٤٤ وما بعدها .

ثالثاً — انتشار مبادىء القانون الطبيعي . وقد حمل لواءها جروسيس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف . وهي مبادىء توحي بنبذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة ، وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها وتحرير الإرادة منها .

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا ، وطبعه بطابعه . وبقي أثر هذا الفقيه الفرنسي الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه في نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب في بعض التفصيلات . وأبرز هؤلاء الفقهاء فقيهان : بريفو دي لاچانيس (Prévôt de la Janès) وپوتييه (Pothier). ونستعرض أولا ما كتبه دوما في نظرية السبب ، ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقيهان .

٢٥٩ — نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في نظرية السبب. بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه «القوانين المدنية» . كان يبسطها بسطاً موجزاً ، دون مناقشة أو بحث ، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة في عصره ، فلا يرى نفسه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من المبالغة أن يقال — كما قال كثيرون — إن دوما له حظ كبير من الإبتداع في نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب ، من أمثال الفقيه الكبير كاپيتان ، رأيهم من أن دوما له فضل عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعي ، وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجدبة . والغريب أن دوما قد انقاد في هذا ، لا لحكم العقل وقواعد المنطق التي ألفها وسار عليها في كتابه (١) ، بل إلى البقية من أثر القانون

---

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعي ، وعرف بأنه هو الذي أحيي التفكير المنطق في الفقه المدني . فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية توفقاً للنظام الطبيعي» (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ، ولم ينهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك أبلغ في الإقناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit en repos) كما يقول .

الرومانى التى تسربت إلى القانون الفرنسى القديم على أيدى الفقهاء الرومانيين (romanistes)وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين .

على أن لدوما مزيتين لا ينكران فى هذا الشأن: (أولاهما) هذه النظرة الشاملة التى أحاط بها موضوع السبب ، فصاغ منه نظرية عامة محبوكة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو . كانت هناك أحجار مهيأة للبناء ، فشيد منها دوما بناء مدعما متماسكاً ، هو هذا الذى انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء ، ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التى ظلت سائدة طوال القرن الماضى . (والمزية الثانية) أن دوما سجل فى وضوح كامل ما وصل إليه عصره فى تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دالت دولتها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العارى غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة ، وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق فى عبارات جلية واضحة فيقول فى كتابه «القوانين المدنية» (١) : «كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن ، ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن نبسط ما كان القانون الرومانى يقيمه من فروق بين العقود التى لها اسم معين والعقود التى لا اسم لها . فهذه التمييزات التى تنطوى على دقة زائفة لم تعد مقبولة فى عرف عصرنا ، وهى مدعاة للاضطراب من غير ما فائدة» . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة فى عصره ، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التى تقرر أن «الاتفاق وحده ملزم»(Solus consensus obligat)قد ظفرت فى النهاية ، وفاز أنصارها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الرومانى .

أما العيب الجوهرى فى نظرية دوما فهو أنه تأثر فى هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمناء للقانون الرومانى ، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة (٢) . وهنا يتولانا شىء من العجب . فإن دوما ، وهو من

---

(١) الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ٧ .

(٢) ويذكر كابيتان فى كتابه فى السبب (ص ١٦٠ — ص ١٦٣ وص ١٦٣ هامش رقم ١) أن دوما تأثر فى نظريته فى السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) — أنظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧

أنصار المنطق والقانون الطبيعي ؛ وقد رأيناه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطاوع في ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسي ، يرجع القهقرى عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير في منطقه إلى مداه ،ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تتقيد بالغرض الذى اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، يأبى دوما أن يكون منطقياً في نظرته للإرادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود ! وقد يعلل ذلك أن دوما آثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها ، ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوبة النظرية الكنسية في السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوما وهو يبسط نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة ، الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : وفي الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجرى التعامل دون أن يكون فيه أى تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس لالتزام الآخر . وحتى في العقود التى يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم ، كما في اقتراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقترض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذى ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً في جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلا إذا لم يكن مبنياً في الواقع على سبب » (١) . ثم يتابع دوما بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفي الهبات ... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة ، كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة في عمل الخير من جانب الواهب .وهذا

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول — وقرر دوما في موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذى قام على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلا (الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ١٣) ، فهو يستصحب السبب من تكوين العقد إلى تنفيذه .

الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى الطرف الذى أخذ ولم يعط شيئاً (١) » .
وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة أن دوما يرى أن السبب فى التبرعات قد يكون هو الباعث ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى على ما قدمنا .
ولكنه فى موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب فى الهبات أن نميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التى يعلن الواهبون أنها هى أسباب تبرعهم وبين الشروط التى يفرضونها فى هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشرط فى الهبة المقترنة بشرط يبطلها ، فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث التى ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر فى هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين الموهوب له من أن يمتلك شيئاً يريده ، فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة . وقدتكون له بواعث أخرى غير التى أعلنها(٢)».
ويستخلص الأستاذ كابيتان من هذه العبارات أن دوما يميز فى عقود التبرع بين السبب والباعث . فالسبب هو الذى يؤثر فى صحة التبرع ، أما الباعث فلا أثر له (٣) .

ويتبين مما قدمناه أن دوما يشترط قيام السبب فى جميع العقود . فالسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر ، أى التسليم الذى تم من جانبه فى مبدأ الأمر . والسبب فى التبرعات هو إرادة المتبرع فى أن يتبرع ، أى نية التبرع .
ومن ذلك نرى أن نظرية دوما فى السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة ، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى .

---

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول .
(٢) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب العاشر — الفرع الأول فقرة ١٣ .
(٣) كابيتان فى السبب فقرة ٧٩ . قارن بواجيزان (ص ١٥٠ — ص ١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوما يعتد بالباعث فى التبرعات ، ويجعل له أثراً فى صحتها — ويبدو أن دوما يميز بين الباعث الدافع للهبة ، ومظهره أن يكون شرطاً مفروضا فى العقد ، وهو يؤثر فى صحة التبرع ، وبين الدوافع التى تذكر فى العقد دون أن تفرض شروطاً ، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى حملت على التبرع .

٣٦٠ — نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء : ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما فى القانون الفرنسى القديم على أن يرددوا ماقاله دوما فى نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قدمنا ، فقيهان : بريفو دى لاچانس وپوتييه .

كان بريفو دى لاچانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون فى جامعة أورليان فى النصف الأول من القرن الثامن عشر ، وقد توفى فى سنة ١٧٤٩ . ذكر فى كتاب له (١) أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause). وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذى دفع المتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام فى البيع ، فذكر أن السبب فى التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده فى العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما (٢) .

أما پوتييه (Pothier) الفقيه الفرنسى المعروف — وقد خلف بريفو دى لاچانس فى أستاذية القانون بجامعة أورليان — فكان أوضح بياناً من سلفه فى بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما فى هذه النظرية . ذكر فى كتاب « الالتزامات » (٣) ما يأتى : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . فى عقود المعاوضة يكون السبب فى الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له ، أو التبعة التى يتحملها . وفى عقود التبرع يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه » . ثم ينتقل پوتييه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذى عقد

---

(١) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions.) القسم الثانى — الباب الثامن — الفصل الثانى .

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٨٠ — ويرى بريفودى لاچانس أن التعهد المكتوب يكون ذا سبب صحيح إذا ذكر المتعهد أنه يقر بمديونيته ويتعهد بالدفع ، فالإقرار بالمديونية سبب كاف للالتزام (بواجيزان ص ١٥٨ — ص ١٥٩) .

(٣) فقرة ٤٢ .

من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو الآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs) : فالالتزام باطل، ويبطل العقد الذى يتضمنه (١) » .

ونرى من ذلك أن بوتييه ردد فى وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما . وإذا كان قد زاد عليه فى التفصيل ، ففى المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب فى العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، بل حدده أيضاً فى العقود الاحتمالية وجعله التبعة التى يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر فى وضوح أن السبب فى التبرعات هو نية التبرع ، وكان دوما غير واضح فى ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أفاض فى ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح ، فوضع الأساس لشروط السبب فى النظرية التقليدية (٢) .

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتييه فى المواد ١١٠٨ و ١١٣١ — ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية فى السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب ، أوردناه فى شىء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيها ، سواء فى ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . وننتقل الآن لبسط نظرية السبب فى القانون الحديث .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الحديث

٢٦١ — ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسى القديم إلى قانون نابليون ، فبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو

---

(١) « الالتزامات » فقرة ٤٣ .

(٢) وزاد بوتييه أيضاً فى أنه ميز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الملتزم ، فوضع بذرة التقسيم الثلاثى للسبب الذى سنراه فى النظرية التقليدية .

الذى رأيناه عند دوما وبوتييه . وهذه هى النظرية التقليدية فى السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدبة ، إذ هى مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب فى ذاتها ، سواء فى صورتها التقليدية أو فى صورة أخرى لها معدلة . ولكن القضاء فى فرنسا كان بمعزل عن هذه الخصومات الفقهية ، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية المخصبة وهى النظرية التى تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعالا . ومن ثم قامت النظرية الحديثة فى السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت فى أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذى عبد لها الطريق كما رأينا ، ثم تبع الفقه القضاء فى ذلك . وقد تلقى القانون المدنى الجديد النظرية وهى فى مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلا تاماً وكانا من قبل يتلاقيان فى منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولا) فى النظرية التقليدية . (ثانياً) فى النظرية الحديثة . (ثالثاً) فى نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى السبب

٢٦٢ — النصوص فى القانون المدنى الفرنسى وفى القانون المدنى المصرى القديم :

المصرى القديم : تلقى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسى . وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر(١) . وسنرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم يبتعدوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية فى نصوص قانون نابليون على النحو الآتى :

---

(١) أنظر بسطاً وافياً للنظرية التقليدية للسبب فى ديعولوب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب(sans cause)، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح(fausse cause)، أو على سبب غير مشروع(cause illicite) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .

ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون ، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام .

وقد نقل القانون المدنى المصرى القديم عن قانون نابليون هذه النصوص بعد أن أوجزها فى نص واحد على الوجه الآتى :

نصت المادتان ٩٤ /١٤٨ من القانون المدنى المصرى القديم على أنه «يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً». والأصل الفرنسى لهذا النص العربى أدق ، فهو يقضى بأن «الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع (١)» ، فجعل السبب شرطاً فى وجود الالتزام لا فى صحته فحسب .

ونتناول الآن النظرية التقليدية . فنتكلم أولا فى معنى السبب فى هذه النظرية وفى الشروط التى يجب توافرها فيه . ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التى تقدم بها خصوم السبب فى تفنيده ، والحجج التى تقدم بها أنصاره فى تأييده .

§ ١ — معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

ا — تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية

٢٦٣ — السبب الإنشائى والسبب الدافع والسبب القصدى :

تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائى (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsive) والسبب القصدى (cause finale) (٢) .

---

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى : «L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite».

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من التمييز بين السبب (causa remota, impulsiva) والباعث (causa proxima, finalis) (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٦)، وفى التمييز الذى قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الملتزم (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٠ فى الهامش) .

فالسبب الإنشائى هو مصدر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لا يعنينا هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذى دفع الملتزم إلى أن يرتب فى ذمته الالتزام. فمن يشترى منزلا قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل، أو أن يخصصه لسكناه، أو أن يجعل منه محلا لعمله، أو أن يديره للعهارة ، أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة ، ألخ ألخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شىء خارجى عن العقد (extrinsèque) ، فلا يذكر فى الاتفاق ضرورة ، ولا يستخلص حتما من الالتزام . (٢) هو شىء ذاتى الملتزم (subjectif) ،إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شىء متغير (variable) ، لا فى كل نوع من العقود فحسب ، بل فى كل عقد على حدة ، فالباعث للمشترى فى عقد غير الباعث للمشترى فى عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له فى وجود العقد ولا فى قيام الالتزام. فمهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف ، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى — وهو السبب الذى تقف عنده النظرية التقليدية وإذ أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة — يعرّف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث فى أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام.

٣٦٤ — السبب فى الطوائف المختلفة للعقود : وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحدد السبب — ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى — فى كل طائفة منها ، على النحو الذى جرى عليه دوما وبوتييه .

فى العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام

الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع ، وسبب هذا الالتزام — أى الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع — هو التزام المشترى بدفع الثمن . ويلتزم المشترى بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام — أى الغرض المباشر الذى قصد المشترى أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن — هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالمقايضة والإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد : إذا كان العقد عينياً ، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة (١) ، يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشىء محل التعاقد . فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً ، كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائى ، وهو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه ، وهو بعدُ سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق (٢) .

وفى عقود التبرع السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له ، وهذا هو السبب فى تبرعه .

٢٦٥ — خصائص السبب : ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب فى النظرية التقليدية هى عكس خصائص الباعث . فالسبب شىء داخلى فى العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شىء موضوعى (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود ، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع .

وهذه الخصائص الثلاث هى عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب

---

(١) وهذا فى غير القانون المصرى الجديد الذى ألغى العقود العينية كما رأينا ، ولم يبق منها إلا هبة المنقول . ثم هذا بفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٢٨ .

فى الفكرة الرومانية القديمة .

٢٦٦ — قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه : وتحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد ، ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم فى العقود الملزمة للجانبين . فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز المتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هى نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعة هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هى نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل فى مواضعها . ويكفى أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه ، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد ، أو أن يحمل المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعة هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذى انقطع سببه (١).

ب — الشروط الواجب توافرها فى السبب

٢٦٧ — شروط ثلاثة : يخلص من النصوص التى أوردناها فى القانون المدنى الفرنسى وفى القانون المدنى المصرى القديم أن السبب يجب أن تتوافر

---

(١) ويلاحظ أن القانون الرومانى كان يأبى أن يدفع فكرة السبب فى عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ. فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعة استحالة التزامه (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٢). فالنظرية التقليدية فى السبب متقدمة فى هذه الناحية على القانون الرومانى .

فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

٢٦٨ – وجود السبب : تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب . ووجود السبب ليس فى الواقع شرطاً يجب توافره فى شىء ، بل هو الشىء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .

ويغلب فى السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط فى وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل فى دائرة هذا الشرط الأول ، بل يدخل فى دائرة الشرط الثانى كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، أى غير واهمين فى وجوده . ويصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك ؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد فى فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين ، أى لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود . وفى هذه الحالة يكون العقد الذى يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلا لانعدام السبب ، ولا يكفى أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلا ، فيكون الإقرار فى هذه الحالة باطلا لانعدام السبب . ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة لا عقداً ، فإن السبب ركن فى كل التزام إرادى ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود ، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه ، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance). وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً ، فيمضى سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى

المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو فى حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة . ولا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية ، ولكن فى العلاقة ما بين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب (١) .

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده فى هذه الأحوال هو الذى يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ — صحة السبب : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً . فالسبب غير الصحيح (fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : (١) إما لأن السبب الظاهر — وهو السبب غير الصحيح — هو سبب موهوم أو مغلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى (cause simulée) .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث ، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه فى الميراث ، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . ووارث يمضى إقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث ، فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . ووارث يتعهد لموصى له بعين فى التركة أن يعطيه مبلغاً من المال فى نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه

---

(١) ويتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، فى عقد احتمالى يسمى «كرة الثلج» (boule de neige) (أنظر فى ذلك نظرية العقد للمؤلف ص٥٥١ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق فى سائر العقود الاحتمالية — وهى عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة فى كل من الجانبين — فإذا انعدم هذا الاحتمال فى جانب انعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك عن نية وفى غير إكراه .

موهوم . مدين يتفق مع دائنه على تجديد الدين ، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه ، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقى السبب الصورى . والعقد الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب ، فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان . ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقى . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقى موهوم لا لأن السبب الظاهر صورى . وإن كان السبب الحقيقى غير مشروع ، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب، سقط الالتزام أيضاً ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقى . أما إذا كان السبب الحقيقى مشروعاً غير موهوم ، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر(١) .

٢٧٠ — مشروعية السبب : ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً . والسبب المشروع هو الذى لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب (٢) . وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب ، عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولا) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه : فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه — وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة — غير مشروع .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٧) .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص١٧٩ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص١٣٦ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٥٩ — وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٨٣ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١١٩ .

فلا يقوم هذا الالتزام ، لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب.

(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة ، وتعهد الثانى بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثانى بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثانى بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر فى كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثاً) عقد الوساطة فى الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقد سببه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء (١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط فى هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون فى مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود (٢) . والقضاء

---

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٥٥٣ — لارو مبيير م ١١٣٢ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ — لوران ١٦ فقرة ١٥٠ — بفنوار ص ٥٤١ .

(٢) نقض فرنسى فى أول مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٥ — ١ — ١٤٧ .

فى مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية (١) ببطلان العقد ، لا سيما فى بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج ، فى أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة (٣) بصحة العقد إذ أن الغرض الذى يرمى إليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية. ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأى كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثانى يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر فى مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً فى مقابل هذا الزواج .

§ ٢ — خصوم السبب وأنصاره

١ — خصوم السبب

٢٧١ — الهجوم على النظرية التقليدية : منذ أن استقرت النظرية التقليدية ، منقولة عن دوما وبوتييه على النحو الذى بسطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكى إرنست (Ernst) وكان أستاذاً فى جامعة ليبج ، كتب

---

(١) محكمة عابدين الجزئية فى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ — وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٢) ويؤيد هذا الرأى والتون (جزء أول ص ٢٨٥ — ص ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص ٢٥٤) .

(٣) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ — وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

مقالا في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste)[١] يبين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركنا متميزاً ، فهو يختلط إما بالمحل في العقود الملزمة للجانبين ، وإما بالرضاء في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له ، وتغنى عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) [٢] وكورنيل (Cornil) [٣]، وهما أيضاً فقيهان بلجيكيان . وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ، هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم [٤] .

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب [٥] ، وردد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة [٦] . وكذلك فعل دابان (Dabin) [٧] ووالتون [٨] .

ونقف عند نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية ، ففيه خلاصة واضحة للحملات التي قام بها خصوم السبب ، وكان هو المعول الفعال في هدمها .

٢٧٢ — نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية : يقول بلانيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هي غير ذات فائدة .

---

(١) سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ — ص ٢٦٤ .

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) في رسالة عنوانها : «بمناسبة تنقيح القانون المدني ، السبب في العقود» بروكسل سنة ١٨٩٠ :

«A propos de la révision du Code Civil — De la Cause dans les conventions» . Bruxelles 1890.

(٤) نذكر منهم أرتير (Artur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ — تامبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيفرياديس (Sefériadès) بحث انتقادي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — أنظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع .

(٥) الجزء الثاني فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩ .

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٧ .

(٧) «نظرية السبب» بروكسل سنة ١٩١٩ .

(٨) ويقول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للنقد الشديد ، ويتوقع أن التقنين المدني عند تنقيحه يستبعد فكرة السبب كركن في الالتزام ، ويسير في ذلك على نهج التقنينين الألماني والسويسري (والتون ١ ص ٥٩ — ص ٦٠) .

أما أنها غير صحيحة ، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب فى فروضه الثلاثة: العقد الملزم للجانبين والعقد العينى وعقد التبرع . فنى العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول ، كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن فى هذا استحالة منطقية ، ذلك أن الالتزامين يولدان فى وقت واحد من مصدر واحد هو العقد ، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر ، لأن السبب يتقدم المسبب ، وهما قد نشأا معاً كما رأينا . وفى العقد العينى يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين ، ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذى كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً . وفى عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع . وهذا قول خال من المعنى ، وإلا فأية قيمة لنية التبرع فى ذاتها إذا لم تقترن بالعوامل التى دفعت إليها !

وأما أن النظرية غير ذات فائدة ، فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشىء آخر . فنى العقود الملزمة للجانبين يكنى أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثانى ، وتغنى فكرة الارتباط فى هذه العقود عن فكرة السبب . وفى العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم فى العقد العينى ولنعدام نية التبرع فى الهبة ، وهذا معناه انعدام العقد ذاته ، فلسنا إذن فى حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود .

ب — أنصار السبب

٢٧٣ — الدفاع عن فكرة السبب : أما أنصار السبب فكثيرون . منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء كابيتان فى كتابه المعروف «السبب فى الالتزامات» (١) . ومنهم من يدافع عن فكرة السبب فى ذاتها ، ولكنه يهجر فى الدفاع عنها النظرية التقليدية

(١) أنظر أيضاً علماء الفقه التقليدى كأوبرى ورو وديمولومب وبيدان وبفنوار . وانظر بريسو فى رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان فى رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ وبوناسكو فى السبب سنة ١٩٢٣ .

إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سنرى .

ونبسط هنا دفاع كابيتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير في إيجاز إلى بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

٢٧٤ — دفاع كابيتان عن نظرية السبب التقليدية : يمكن القول إن كابيتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو في صدد الدفاع عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها .

فعند كابيتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته، بل هو تنفيذ هذا الالتزام (١) . ويقول ، رداً على ما أخذه بلانيول على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً ، إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو السبب والمسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته، فلا يصح أن يقال مع ذلك إن الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى « السبب الإنشائي» ، فعند ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر وناشئاً عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه «السبب القصدي» أي الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه ، ويسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذي قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ، ولا يكون في هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذي ينشأ من عقد عيني فسببه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية التقليدية . وهذا صحيح في نظر كابيتان في عقود عينية ثلاثة هي القرض والعارية

(١) ويبني كابيتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

ويحدد كابيتان السبب في العقد الملزم للجانبين إذا كان احتمالياً بوجود الاحتمال ذاته في العقد (السبب فقرة ١٨ ص ٤٠) ، وفي العقد الملزم للجانبين الذي يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً مشتركاً كالجمعيات والشركات ، بالغرض المشترك الذي قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩) .

ورهن الحيازة . فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة ، فهي من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين . فالمقرض والمقترض مثلا يتفقان على القرض ، ويتم العقد بالاتفاق ، فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقترض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم ، إذا رجعنا إلى طبيعة العقد ، ليس هو حتما السبب المنشيء للالتزام ، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المقترض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يختلط في هذه العقود الثلاثة « السبب الإنشائي » و « السبب القصدي » كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة . وهنا يسلم كابيتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر ، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء ، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب القصدي ، بل هو رغبة المودع عنده ، وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدي جميلا للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين ، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر (١) .

أما في عقود التبرع ، فسبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه النية بالرضاء كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم ، وهذا هو الرضاء . والعنصر الثاني هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضاء بالالتزام ، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر ، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود

---

(١) كابيتان في السبب فقرة ٢٥ — ويستعرض كابيتان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد : فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إسداء جميل للموكل كما في الوديعة بغير أجر — والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائي — والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه ، فهو تارة يكون فكرة التبرع ، وطوراً يكون فكرة التجديد ، وتالثة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني (ويرى كابيتان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تجديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدني السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) — والكفالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين ، وكذلك الإنابة في الوفاء ، وقد يكون هذا السبب تبرعا ، وقد يكون وفاء لدين في ذمة الكفيل للمدين أو في ذمة المناب للمنيب ، أو قرضاً يعطيه الأول الثاني (كابيتان في السبب فقرة ٢٦ — فقرة ٣٢) .

له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع فى جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضاء المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على أن كابيتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب فى حالتين :(١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذى دفع المتبرع إلى تبرعه ، كما إذا وهب شخص مالا لجمعية خيرية واشترط على الجمعيـــة أن تنشىء بهذا المـال مستشفى أو ملجأ ، فإن سبب الهبة فى هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذى اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هى إرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع ، بل إن الباعث الذى دفع الموصى إلى تبرعه هو الذى يجب اعتباره سبباً للوصية . وفى هاتين الحالتين يسلم كابيتان باختلاط الباعث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كابيتان أدخل تحويراً فى النظرية التقليدية ، حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب فى الحالتين المتقدمتين . وحيث يحدد السبب فى العقد الملزم للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب فى عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلا فى فروض نادرة (١) ، ويجعل المعيار فى تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً ، فيكون السبب عنده شيئاً داخلا فى العقد لا منفصلا عنه . وهو واحد لا يتغير فى أى نوع من العقود .

٢٧٥ — أنصار السبب الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة : وإلى جانب كابيتان قام فقهاء يدافعون عن فكرة السبب . وينادون بوجوب الاحتفاظ بها ، ويخالفون بذلك پلانيول وغيره من خصوم السبب

---

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كابيتان يخلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يعتد فيها كابيتان بالباعث أيضاً ، وذلك إذا أدخل المتعاقدان الباعث فى دائرة التعاقد (champ contractuel) ، وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . ويختلف كابيتان فى هذا عن النظرية الحديثة . فعنده لا يكفى للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما تقول النظرية الحديثة ، بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كابيتان فى السبب ص ٢٤٤) .

الذين يقولون بوجوب حذف هذه الفكرة من القانون .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب ، ومن أبرزهم جوسران وريبير وديموج وبنكاز ، لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط فى النظرية التقليدية ، بل يتوسعون فيه ويخلطونه بالباعث ، ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التى وضع أساسها القضاء الفرنسى ، والتى نتولى الآن بسطها .

المطلب الثانى

النظرية الحديثة فى السبب

٢٧٦ — وجوب التوسع فى تحديد السبب : لم يرض القضاء ، وهو الذى يواجه الحياة العملية ، عن النظرية التقليدية فى السبب . فهى نظرية ضيقة عقيمة لا غناء فيها . وسار فى طريق غير طريق الفقه التقليدى ، وتوسع فى تحديد السبب ، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين ، لأنها هى النظرية التى تنتج فى العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء فى نظريته الجديدة ، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوبة ومرونة . ولم يكن بد من أن تقترن الإرادة بالباعث الذى يحركها — وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل والقاعدة — أو أن تتجرد عن هذ الباعث ، وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فنحن نتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد (acte abstrait) .

§ ١ — استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ — العيب الجوهرى فى النظرية التقليدية : رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هى التى ساهمت كثيراً فى تكييف نظرية السبب التى نقلها دوما

عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية . والعيب الجوهري في هذه النظرية ليس في أنها غير صحيحة . فهي ، حتى لو كانت صحيحة ، عقيمة على كل حال . وهي لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هي تحدد السبب في أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً . وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب في صوره المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدي الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء .

٢٧٨ — كيف نستغنى عن السبب الموجود : تحرص النظرية التقليدية على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له : كقرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلا . ولا يكفى هنا استظهار الإكراه ، فإنه يقتصر على جعل العقد قابلا للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة : فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم ، فمحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالتزام المقترض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده ، إما لأن القرض عقد عينى لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائى (وفقاً للقانون الجديد) لم يقم فيه المقرض بتنفيذ التزامه [1] . وفى الحالين يسقط التزام من أمضى

---

[1] ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين ، يلتزم به المقرض أن يسلم المقترض مبلغ القرض ، ويلتزم به المقترض أن يرد هذا المبلغ للمقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين ، وسنرى أن فكرة الارتباط فى العقود الملزمة للجانبين تغنى عن فكرة السبب . فإذا لم ينفذ المقرض التزامه ، سقط التزام المقترض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين .

السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صورى ، فإن قواعد الصورية هنا تكفى وتغنينا عن نظرية السبب . فالسند صورى . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر .

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدى يسهل الاستغناء عنه .

فالالتزام فى العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التى قال بها بلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب. ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً فى الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل فى الحالة الأولى ويفسخ فى الحالة الثانية ، وفى هذا التفريق عيب فنى واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهى تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط فى الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضى بعد وجوده — أى يفسخ — إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما فى العقود العينية وفى التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العينى سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العينى . وتقول النظرية التقليدية إن السبب فى التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية منعدمة ، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة فى هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

٢٧٩ – كيف نستغنى عن السبب الصحيح : ومن السهل أيضاً أن نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنينا عن السبب الموجود . فالسبب غير الصحيح ، كما رأينا ، إما سبب موهوم أو سبب صورى .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذى يتخارج مع وارث يتعامل فى حق معدوم . وهذا هو حال دائن التركة الذى يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذى يتعامل فى الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذى يجدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصورى فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٢٨٠ – كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع : ومن السهل أن نستغنى عن السبب المشروع فى العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التى قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل ، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط الذى يتعهد بالنجاح فى العثور على زوج صالح فى مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما فى العقود العينية والتبرعات ، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب فى العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع ، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية

المحل لا لعدم مشروعية السبب . والسبب فى التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع فى ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة فى ذلك هو الذى يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كابيتان ، يجنحون إلى اعتبار السبب فى التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الرومانى ذاته يعتد بالباعث فى الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا .

٢٨١ — وجوب استبعاد النظرية التقليدية فى أية صورة من صورها :

ويتبين مما قدمناه ، أن النظرية التقليدية فى السبب نظرية عقيمة . وهى نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التى يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانونى آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى فى ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هى على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذى يقول به كابيتان . وهناك من الفقهاء من يستبقى النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب فى الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويجعلها فى العقد لا فى الالتزام ، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب فى الالتزام والباعث فى العقد (١) . فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفى أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حق البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أيا كان الثوب الذى تلبسه . وما هى إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب فى الوقت الذى تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب فى ذاتها ، على أن تكون هى الفكرة الخصبة المنتجة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهى النظرية التى قال بها القضاء الفرنسى . وننتقل الآن إليها .

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ — فيفورنو فى التقنين المشروع الفرنسى الإيطالى وفى القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣ — أنظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٥ هامش رقم ١ — ديمات وكوليه دى سانتير ٥ فقرة ٤٦ .

٤ ٢ — الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢ — السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد: لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذى يعيش فى غمار العمل أن ينتفع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسى أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التى أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث ، وخلط بينهما خلطاً تاماً ، لا فى التبرعات فحسب ، بل فيها وفى سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية فى يده منتجة نافعة لا غنى عنها (١) .

فالسبب فى نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et détermi-nant) للملتزم فى أن يلتزم . ومادامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة فى أن تنشىء ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لابد لها من باعث يدفعها : فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذى ترمى الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسى وغير الرئيسى ، فالباعث الدافع الرئيسى هو الذى يعتد به ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة (٢) ، وساير الفقهُ الحديث القضاءَ فى هذا الطريق (٣) .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملى ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين فى السبب . وهى النظرية الخصبة المنتجة التى انحرف عنها دوما إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً فى كل ما أحاط نظرية

---

(١) أنظر فى المقابلة ما بين جمود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاز ملحق بودرى ٢ فقرة ٥٥٠ وفقرة ٦١٣ .

(٢) أنظر فى تحليل القضاء إلى دابان فى نظرية السبب فقرة ١٥٢ — فقرة ١٦٥ .

(٣) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص ٥٤٣ — ليفى أولمان فى مذكراته فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٠ و ص ٣٢٨ — ص ٣٣٤ — بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ — جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية (١) .

٢٨٣ — مرونة الباعث وكيف ينضبط : والباعث بالتحديد الذى أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لنرى النقيض إلى جانب النقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى وهو داخل فى العقد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود ، أما الباعث فمعياره ذاتى وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث . وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للتزعزع والقلقلة فى التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد — وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير — من شأنه أن يجعل العقد باطلا . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . وقد رأينا مثل هذا فى الغلط .

فما هو هذا الضابط ؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً فى الباعث الذى دفع

---

(١) وليست نظرية الباعث خصبة فحسب فى نطاق القانون المدنى والقانون الخاص بوجه عام ، بل هى أيضاً خصبة فى نطاق القانون العام . فنظرية التعسف فى استعمال السلطة فى القانون الإدارى — وهى التى بنى على غرارها نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى — إنما هى تطبيق لفكرة الباعث . فإذا كان الباعث للموظف الذى صدر منه القرار الإدارى غير مشروع ، كان القرار باطلا للتعسف فى استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالتعسف فى استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالتعسف فى استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً للفكرة ذاتها ؟ فلا يكون العيب فى التشريع أن يكون مخالفاً للدستور فحسب ، كما يخالف القرار الإدارى القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطوياً على تعسف إذا هو مثلا مس حقوقاً مكتسبة لا ينبغى أن تمس ، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول فى الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر نكتفى بالإشارة إليه ، فليس هنا مكان البحث فيه .

الطرف الأول إلى التعاقد : دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالمقرض قد يجهل الغرض الذى أخذ المقترض النقود من أجله ، وفى هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذى دفع المقترض إلى التعاقد[١] . وقد يكون المقرض صديقاً للمقترض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله فى إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذى يقامر المقترض معه . فيتفقان على القرض للاستمرار فى المقامرة . وهذه هى مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

رأينا كابيتان يقول بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق . فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده فى نظر كابيتان هو الذى يدخل الباعث فى دائرة التعاقد (dans le champ contractuel) [٢] . ولا شك فى أن الفقيه الفرنسى الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة فى السبب ، ولكن دون أن يدخل فى نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين . وإنما هم متقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسى فيكتفى بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، كما هى الحال فى الغلط . وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسى تدور كلها فى هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيتطلب فى الأولى مرتبة أعلى .

---

(١) ومع ذلك يعتد ريبير بالباعث حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه المتعاقد الآخر ، إغراقاً منه فى فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٣٥ ص ٦٥) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٤ فى الهامش — وانظر كابيتان فى السبب ص ٢٤٤ .

ولكن الفقهاء يختلفون فى تحديد هذه المرتبة .

فيذهب جوسران إلى أنه يكفى أن يكون الباعث فى المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر ، حتى يكون فى هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع . أما فى التبرعات فإن الإرادة التى نقف عندها هى إرادة المتبرع وحده ، فهى الإرادة التى تسيطر على التصرف ، سواء فى ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية . وهو لذلك يعتد بالباعث الذى دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولا منه (١) .

ويذهب بواجيزان (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة فى المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم فى التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات فى أن الأولى يبذل فيها كل من المتعاوضين شيئاً من عنده ، فإرادة كل منهما تقوم بدور أساسى فى تكوين العقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين فى الباعث الذى دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً فى تحقيق الغرض غير المشروع . أما فى التبرعات فإرادة المتبرع وحدها هى الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذى يبذل . ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهى مرتبة العلم ، فهى كافية لاستقرار التعامل (٢) .

وإذا كان الذى يعنينا فى انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسى على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

٢٨٤ — تطبيقات مقتبسة من القضاء الفرنسى : نستعرض للقضاء الفرنسى بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، مرجئين القضاء المصرى إلى حين الكلام فى نظرية السبب فى القانون المدنى الجديد . ونتبع فى هذا الاستعراض التقسيم الثلاثى المعروف للتصرفات إلى عقود

---

(١) أنظر جوسران فى البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وفقرة ١٦٠ ص ٢٠٣ .

(٢) أنظر بواجيزان (Bois-Juzan) فى السبب فى القانون الفرنسى ص ٥٧٣ — ص ٥٨٠ .

ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات.

في العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب ، بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية ، مشروعاً في هذه العقود . فالبيع أو الإيجار ، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشترى أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشترى أو المستأجر ، يكون باطلا طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى . وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين : (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان ، وفى هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلا لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة ، باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشترى أو المستأجر أن يديره للعهارة ، وفى هذه الحالة لا يكون العقد باطلا طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث(١). ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد فى الفرضين ، جاعلا السبب هو الباعث ، جرياً على النظرية التى يأخذ بها (٢) . ويفعل القضاء الفرنسى ذلك أيضاً فى الأماكن التى تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (٣) .

---

(١) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٥٧ .

(٢) أنظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ ص ١٥٧ — وانظر أيضاً كابيتان فى السبب فقرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التى قضت ببطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارة العين المؤجرة للعهارة : محكمة ليون الاستئنافية فى ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت ببطلان عقد الاستخدام فى محل يدار للعهارة: محكمة النقض الفرنسية فى ١١ نوفبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٨٤ . وأحكام قضت ببطلان عقد بيع مفروشات لمحل يدار للعهارة : محكمة السين التجارية فى أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت ببطلان بيع مشروبات اشتراها مرشح فى الانتخاب لتقديمها إلى الناخبين حتى يحملهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشترى : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية فى ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ .

(٣) محكمة بو الاستئنافية فى ٢٨ يونية سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ (متجر) — محكمة نيس الابتدائية فى ١٨ نوفبر سنة ١٩٠٩ جازيت دى تريبينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ (مجرد مكان) .

وفى العقود العينية : يبطل القضاء الفرنسى قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه فى المقامرة أو لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (١) . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة(٢) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (٣) . وكالقرض رهن الحيازة (٤) .

أما فى التبرعات فقد كان القضاء الفرنسى أشد إمعاناً فى جعل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، ونقب عن العوامل النفسية التى دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير فى ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة ، أم يرمى إلى غرض غير مشروع . فإذا تبين أن الباعث الذى دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولا) التبرع لولد غير شرعى : يقضى القانون المدنى الفرنسى بأن يكون نصيب الولد غير الشرعى فى مال أبويه ، تبرعاً أو ميراثاً ، محصوراً فى حدود ضيقة . فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً .

أما إذا كانت البنوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً ، فالتبرع جائز ولو زاد على الحد ، ما دام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعى . ولكن القضاء الفرنسى يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هى علاقة بنوة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب . ولا يكتفى بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز ، بل يبطله جميعه(٥). (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء الفرنسى تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد

---

(١) نقض فرنسى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠ .

(٢) نقض فرنسى فى أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٨٩ .

(٣) نقض فرنسى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٢ .

(٤) أنظر مذكرات الأستاذ ليفى أوللان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٧ .

(٥) نقض فرنسى فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ — ١ — ٤٩٢ — وفى ٢٩ يونية سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ — ١ — ٣٥٨ .

كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لإعادتها (١) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو فى الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعى (٢) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى محل الالتزام المخالف للآداب. (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) فى القانون الفرنسى لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودى يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع ، ويبطل التبرع (٣) . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع ، بطل الشرط ، وبقى التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى . إلا أن القضاء الفرنسى قيد من هذا الحكم بفضل نظريته فى السبب . فقد ميز فى الشرط الذى يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع ، فالثانى وحده هو الذى يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع ، أى الباعث على هذا التبرع ، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام المتبرع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جميعه يكون باطلا ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (٤) .

---

(١) نقض فرنسى فى ٨ يوليه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٢٩٤ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١١٣ .

(٢) نقض فرنسى فى ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ — ١ — ١٧٠ .

(٣) نقض فرنسى فى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ١٣٧ .

(٤) نقض فرنسى فى ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ١ — ٣٠٥ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٢٠ — وفى ٢٣ يولية سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٥ — ١ — ٤٩ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ — ١ — ٢٣٩ .

§ ٣ — التصرف المجرد
(L'acte abstrait)

٢٨٥ — التصرف المسبب والتصرف المجرد : قدمنا أن السبب ركن من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعناه فى النظرية الحديثة . وقد كان القانون الرومانى لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها فى العقود الشكلية . ثم انتصر مذهب الرضائية فى القرون الوسطى على يد الكنسيين ، فأصبحت الإرادة وحدها — مجردة من الشكل — ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد ، فهى من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة فى قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذى الذى حرك هذه الإرادة : ولا يبقى فى مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالدائن فى التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب فى الإرادة أو لعيب فى السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائنه ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثانى . ومنذ انتكصت

الشكلية فى العقود وساد مذهب الرضائية ، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد فيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ، ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطوراً تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلى ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد — على شدة الحاجة إليه فى استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة — لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة فى ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التى تأخذ بها القوانين الجرمانية (١) . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التى تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد فى كل من القوانين الجرمانية

---

(١) يفسر الدكتور أبو عافية — فى رسالته « التصرف المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ — التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذى يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائى خارج على القواعد العامة ، ولا فرق فى ذلك بين القانون الألمانى والقانونين المصرى والفرنسى » (فقرة ٨٥) . ويرفض أن يكون المعيار فى التصرف المجرد هو تجرده عن السبب ، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليتمحض إرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد فى الوقت ذاته عن السبب ، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلا عن الإرادة الباطنة كما هى الحال فى القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هى الحال فى القانون الألمانى . فالتصرف المجرد يتميز فى جميع الأحوال بتجرده عن السبب . على أن المذهب الذى يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب فحسب ، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصرى فى هذه القوانين الأخيرة .

٢٨٦ — التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية : لا نجد فى التقنينات الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنينات اللاتينية . فالتقنين النمساوى لا يشير إلى السبب إلا فى المادة ٩٠١ ليقرر أن الباعث لا أثر له فى صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألمانى لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسرى لا يعرض لها إلا فى صورة عرضية عندما ينص فى المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنينات تأثرت بالقانون الرومانى ، وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالا واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تتبين لها نتائج عملية إلا فى نطاق محدود ، وبخاصة فى نطاق دعاوى الإثراء. ولكن بالرغم من أن هذه التقنينات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschaefte) وهى أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً ، والنوع الثانى هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschaefte) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيانها .

فالسبب لا يزال إذن موجوداً فى القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم فى النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعى المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث . ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له فى صحة العقد ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد (١) .

---

(١) أنظر كابيتان فى السبب فقرة ٨٣ — فقرة ٨٤ وبنوع خاص ص ١٨١ — ص ١٨٢ . ويتعرض الدكتور أبو عافية فى رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) لنظرية السبب فى القانون الألمانى من ناحيتى التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان « الإضافة إلى الذمة » (Vermogenszuwendug) ، وهى عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بمقتضى عمل إرادى مشروع (تصرف قانونى أو عمل مادى) يصدر من المفتقر . وسبب « الإضافة إلى الذمة » هو عبارة عن الغرض المباشر الذى يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة . ويحدد هذا السبب وفقاً للفقه الألمانى على أساس تقسيم ثلاثى للسبب موروث عن دعاوى الإثراء فى القانون الرومانى ، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء (causa solvendi) أو =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة ، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا . وهى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية — والحق العينى بوجه عام — دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية فى هذه التقنينات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق فى السجل العقارى (Livre Foncier) . وعقد انتقال الملكية ، فى القانون الألمانى بنوع خاص ، عقد مجرد ، تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشىء للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب ، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات . فما على الشخص حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقارى ، فمن كان اسمه مسجلا فيه كان هو المالك ، ولو كان فى ذلك تضحية للمالك الحقيقى — أما التقنين السويسرى فلا يحمى الغير الذى اعتمد على السجل العقارى إلا إذا كان حسن النية (م ٩٧٣ من

= الإدانة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi) . والإدانة هى التصرف بمقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما فى القرض وفى الوكالة ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما فى العقود الملزمة للجانبين فالبائع يحصل على دين بالثمن فى مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع . ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها . ويلاحظ الفقيه الألمانى فون تور أنه « لا يجب الخلط بين السبب القانونى والأغراض البعيدة التى يرمى إليها المضيف ، أى البواعث (Beweggrunde) التى تدفعه إلى تنفيذ التزامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة . فوراء كل سبب قانونى بواعث تختلف باختلاف الأحوال . فالهبة مثلا قد تتم بناء على عطف أو بسبب الرأى العام ، ولكن هذه البواعث لا تدخل فى حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت فى التصرف القانونى » . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى . ويكفينا هنا أن نشير إلى التقارب الواضح بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة فى الفقه الألمانى .

أنظر أيضاً فى نظرية مادية السبب فى الفقه الإيطالى ، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وظيفة قانونية فهذه الوظيفة هى السبب ، إلى رسالة الدكتور أبو عافية المشار إليها فقرة ٣٦ .

التقنين المدنى السويسرى) . ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأييداً لذلك نسوق مثلا آخر نأتى به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك فى عقار وهو حسن النية ، ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق ، يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار . والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (أولا) حالات معينة بذاتها ، منصوصاً عليها . وهى — عدا الأوراق التجارية والسندات — حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل ، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام المناب للمناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب ، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفوع ضد المنيب (أنظر فى التقنين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق ، وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين ، وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٧٨٤ للإنابة فى الوفاء — وانظر فى تقنين الالتزامات السويسرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين ، وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٤٦٨ للإنابة فى الوفاء) . (ثانياً) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) ، وهما الصورتان العامتان للتصرف المجرد . فتضع التقنينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد ، وتجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه

بالدين مجرداً . فيوجد الالتزام فى ذمته منفصلا عن السبب ، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام (١) . واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألمانى لصحة الالتزام المجرد أن يكون فى ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة . ولا يشترط تقنين الالتزامات السويسرى الكتابة إطلاقاً (م ١٧) (٢).

٢٨٧ — التصرف المجرد فى القوانين اللاتينية وفى القانون المصرى :

أما القوانين اللاتينية، وهى مشبعة بنظرية السبب كما رأينا، فلا تسلم بالتصرف المجرد . أو هى على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية. وإذا كان هناك نص فى كل من القانونين المصرى والفرنسى يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من القانون المصرى الجديد وم ١١٣٢ من القانون الفرنسى) ، فسنرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات فى السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب ، يلقى على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب ، والتزام مجرد عن السبب . فالالتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ،يكون العقد فيه باطلا. أما فى الالتزام الثانى ، وهو الالتزام المجرد، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

---

(١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألمانى فى إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان ، تحت تأثير إهرنج الفقيه الألمانى المعروف ، أقر هذا الضرب من الالتزام .

(٢) أنظر فى موضوع التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية كابيتان فى السبب فقرة ٨٥ — فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ — فقرة ١٧٤ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٦ — مذكرات الأستاذ ليفى أولمان ص٣٦١ — ص٣٦٤ — فيفورنو فقرة ١٢٨ — ديموج ١ فقرة ٩١ و٢ فقرة ٨٤٧ . وربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو عافية فى رسالته المشار إليها ، فما دمنا نأخذ بالإرادة الظاهرة كما هى فلا شأن لنا بالغاية التى تسعى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذى حركها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٠) .

فالالتزام فى القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد فى حالات معينة منصوص عليها بذاتها ، وهى قليلة العدد . وقد نص القانون التجارى — حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها ، هى الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما القانون المدنى فقد نص على حالتين : التزام المناب فى الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن .

ونقتصر هنا على ما ورد فى هذا الصدد فى القانون المدنى المصرى الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره» (١) . أما فى الكفالة فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ — وفى ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ — وفى ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ — وقارن حكما لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ قصرت فيه هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهى التى لا تنطوى على تجديد الدين) ، أما القانون الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة . أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٦٢ .

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المناب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى تكون للمنيب قبل المناب لديه ، فلو دفع المنيب الدين للمناب لديه فإن هذا لا يمنع المناب لديه أن يطالب المناب بالدين الذى التزم به ، ويرجع المنيب فى هذه الحالة بدعوى الإثراء على المناب لديه . ونرى ، مع محكمة الاستئناف المختلطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) التى انتقد الدكتور أبو عافية حكمها ، أن المنيب إذا دفع الدين للمناب لديه كان هذا رجوعا فى الإنابة يستطيع المناب أن يتمسك به ، فإذا طالب المناب لديه بعد ذلك المناب بالدين ، جاز لهذا أن يدفع المطالبة بانقضاء الدين ، وليس فى نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول المناب لديه حقه قبل المناب إلى أجنبى ، بقى التزام المناب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبى — ذلك أن التصرف المجرد إرادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن السبب ، وفقا لما يقضى به القانون لمصلحة يتوخاها . فالقانون هو الذى يمسك بزمام التجريد،فلا يبيحه إلا لضرورة ، وبقدر هذه الضرورة. ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذى تقتضيه الضرورة . وفى المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى المناب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه ، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبى لأن الضرورة تستوجب بقاءه .

التى يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصرى جديد) . ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل الكفيل المدين فى نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (١) .

ويتبين مما قدمناه أن القانون المصرى قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية ، وبقى فى حظيرتها كما أسلفنا الإشارة . فاشترط فى التصرفات أن تكون مسببة ، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا فى حالات معينة بذواتها .(٢)

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ — الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٩ — فقرة ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الشرائع التى تأخذ بالإرادة الظاهرة يغلب ألا تفسح مجالا واسعا لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية ، وتقر التصرف المجرد . رأينا ذلك فى القوانين الجرمانية ، ونقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزى.

فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد. ويظهر أن هذا هو الذى منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشبعة بالروح الدينية والخلقية كالقانون الكنسى الذى هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى نظرية للسبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامى التمييز ما بين الغرض المباشر الذى قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . فالباعث لا أثر له فى صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق (أنظر بحثاً فى هذه المسألة فى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٢) .

والقانون الإنجليزى كالشريعة الإسلامية نظرية السبب فيه نظرية مادية . والعقود عنده إما شكلية وهذه يكفى فى صحتها الشكل وحده ، وإما رضائية وهذه لابد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية ، أى السبب المادى الداخلى الذى لا يتغير . ويختلف « الاعتبار » عن « السبب » فى أمرين : (١) الفكرة فى الاعتبار ليست هى الغنم الذى حصل عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر فى السبب ، بل هو الغرم الذى تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) نية التبرع لا تصلح « اعتباراً » فى القانون الإنجليزى وتصلح « سبباً » فى النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود التبرع فى القانون الإنجليزى شكلية لخلوها من « الاعتبار » (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦١) .

المطلب الثالث

نظرية السبب فى القانون المصرى الجديد

٢٨٨ — مسائل ثلاث: تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة فى السبب ميراثاً عن القانون القديم والقضاء المصرى ، فقد كان الفقه والقضاء فى مصر ، قبل صدور القانون الجديد ، قد عبد الطريق لنبذ النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبة . ولكن القانون الجديد خطا خطوة أخرى إلى الأمام ، إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان فى يد الفقهاء الكنسيين عاملا لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملا لتحصين الإرادة من عيوبها. ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط ، واقتصر فى شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض فى نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثا : (١) اعتناق القانون الجديد النظرية الحديثة فى السبب . (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى القانون الجديد . (٣) إثبات السبب .

§ ١ — اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة فى السبب

٢٨٩ — النصوص القانونية: نص القانون الجديد فى المادة ١٣٦ على ما يأتى :

«إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٨٩و١٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م١٨٩ : يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة على الوجه الآتى : «إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا» . وأصبح رقم المادة ١٤٠ فى المشروع النهائى — ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨) .

وكان القانون القديم ينص فى المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه « يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص القانون القديم يشترط فى السبب الصحة والمشروعية . أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا المشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل فى منطقة الغلط كما قدمنا .

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لا شك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان هذا هو شأن القانون القديم ، وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية . ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضائين المصرى والفرنسى . وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : « لم ينهج المشروع نهج التقنينات الجرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية ، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان » (١) . وجاء فى موضع آخر من المذكرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثهما القانون الجديد فقالت : « ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتسمت معالمه فى التقنينات اللاتينية ، إلا أنه عرض له بتعديلين متفاوتى الأهمية . فيراعى أولا أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تعارضه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون . وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسى وأكثر التقنينات اللاتينية معتدا فى ذلك بين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون إفراطها فى السعة أو تجردها من الفائدة . فهى تجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة « نص القانون » إلى الأحكام التشريعية كافة . وهى تصبح عديمة الغناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الأفراد . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥) .

الإيضاحية ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات » (١) .

فالسبب إذن ، فى نظر القانون الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale) . وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . وكل ما أوردناه عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد . ولا بد فى القانون الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً ، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك (٢) .

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء فى مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

٢٩٠ — *الفقه فى مصر* : أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية فى السبب ، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردناها فيما تقدم (٣) .

ولكن كثرة الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهى نظرية القضاء الفرنسى ، فآثروها على النظرية التقليدية (٤) .

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) وقد يقال أيضاً — كما قيل فى صدد الغلط والتدليس والإكراه — إن العقد يقوم لا على التراضى ، بل على سبيل التعويض .

(٣) أنظر الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى النظرية العامة فى الالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها — الدكتور محمد صالح بك فى أصول التعهدات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٤) أنظر والتون ١ ص ٦١ — ص ٦٣ — الدكتور محمد وهيبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٤ — فقرة ٥٤٨ .

وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبنانى (١) .

ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة . وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور . هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان كل الاختلاف فى النزعة وفى الأصل التاريخى . وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر الصنعة الرومانية ، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . ففيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى فى هذا الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء !

٢٩١ — القضاء فى مصر : والقضاء فى مصر كان أكثر تمشياً من الفقه مع النظرية الحديثة ، فأخذ بها فى كثير من أحكامه ، وقد اقتفى فى ذلك أثر القضاء فى فرنسا .

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً عند رجل يأتمنه ، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور فى

---

(١) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى نظرية السبب المزدوجة التى أخذ بها التقنين اللبنانى ولم يأخذ بها القانون الجديد ، فقالت فى هذا الصدد ما يأتى : «ويفرق التقنين اللبنانى بين سبب الالتزام وسبب العقد (م١٩٤) . فسبب الالتزام هو الباعث الذى يدفع إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يتمثل فى صورة واحدة فى كل ضرب من ضروب الالتزام ، ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه . فهو فى العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل ، وفى العقود العينية تسلم المعقود عليه ، وفى التبرعات نية التبرع ، وفى المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدنى أو طبيعى كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (م١٩٥) . أما سبب العقد فهو الباعث الشخصى الذى يدعو المتعاقد إلى إبرامه ، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد ، فهو يختلف باختلاف الأحوال فى العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست فى الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب فى الفقه التقليدى وبين دلالته الحديثة كما استخلصها القضاء . ولما كان التصوير التقليدى ضيق الحدود فقد رؤى الإعراض عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٧) . أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

وممن يقول بازدواج السبب الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٢٤٢ ، وهو صريح فى هذا المعنى . أنظر أيضاً الدكتور بهجت بدوى بك ص ١٧٣ — ص ١٧٤ .

مقابل أن يكتب له عقداً ببيع سبعة أفدنة — بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له فى طلب ملكية العين ولا فى الثمن (١) . ويلاحظ فى هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشترى فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة فى صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب — وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلا ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً (٢)—وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك فى حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث فى هذه الحالة أمراً ملاحظاً فى العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد (٣) .

على أن النظرية التقليدية فى السبب لم تعدم لها مكاناً فى القضاء الوطنى ، وقد تردد صداها فى بعض الأحكام . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث فى عقد البيع فى الأسباب التى يدعيها البائع كباعث على صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التى لا يلتفت إليها فى صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما (٤) . وقضت محكمة النقض بأن السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقترض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد (٥). ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به ، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذى عنته فى حكمها هو السبب المنشىء لعقد القرض .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطنى فى الأخذ بالنظرية

---

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ .

(٢) ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ — الحقوق ٢٤ ص ٢٣٠ .

(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢ .

(٤) ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٥) ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

الحديثة فى السبب . وإذا كانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى حكم قديم لها (١) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلا حتى لو كان المستأجر أو المقترض قصد إدارة العين للعهارة أو استعمال المبلغ المقترض فى إدارة العين للعهارة ، وحتى لو كان المؤجر أو المقترض عالماً بذلك ، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية ، وأخذت فى أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة . فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم (٢) . وقضت بأن اتفاق البائع والمشترى على الثمن الحقيقى للصفقة ، مع بقائه مخفياً حتى يذكرا ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقى ، فيتمكن المشترى بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الغش ، يكون اتفاقاً باطلا لعدم مشروعية السبب ، ولا يستطيع المشترى التمسك بالثمن الحقيقى فى مواجهة الشفيع ، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن فى مواجهة المشترى (٣) . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد (٤) ، لكن إذا ثبت أن المقترض لم يستعمل القرض فعلا فى المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض

(١) ٢٢ نوفبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٢) ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ .

(٣) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ — ولمحكمة النقض قضاء فى مسألة كهذه فى حكم لها صدر أخيراً (لم ينشر بعد) ذهبت فيه إلى أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة إلى الثمن الصورى ، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقى ما دامت له مصلحة فى ذلك . وعندنا أن الشفيع لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى المخفض ، لأن الغير فى الصورية هو شخص ثبت له حق على العين على التصرف الصورى دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصورى ذاته ، والشفيع شخص ثبت له حق على العين المشفوعة نشأ عن البيع الصورى فلا يكون «غيراً» . وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقى ، قل هذا الثمن عما هو مذكور فى العقد أو زاد . وسنعرض لهذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى الصورية. أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذى أوردناه هنا ، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . ولكن نأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقى باطلا لعدم مشروعية السبب ، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصورى غير موجود لصوريته، فيسقط الاتفاق فى الحالين . ولا يستطيع الشفيع أن يتمسك لا بالثمن الصورى ولا بالثمن الحقيقى، بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة إطلاقا لأن البيع الذى يريد بسببه الأخذ بالشفعة غير موجود لانعدام الثمن.

(٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ .

صحيحاً (١) . وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب (٢) ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (٣) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليلته كان العقد باطلا ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليلة من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح (٤) . ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلا ، بل يعتبره وفاء لالتزام طبيعي ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث (٥) .

وإذا كان القضاء المصري — لا سيما القضاء الوطني — قد أخذ في الماضي بالنظرية التقليدية في بعض أحكامه ، فلم يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التي اعتنقها القانون الجديد ، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمناه .

٢ — الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد

٢٩٢ — إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة الغلط : قدمنا عند الكلام في نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط في الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية في كل من الغلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية في الغلط كانت تميز بين الغلط في السبب وهو يجعل العقد باطلا ، وبين الغلط في الباعث وهو لا يؤثر في صحة العقد ، والنظرية التقليدية في السبب كانت تميز بين السبب أي الغرض المباشر من الالتزام وهو الذي يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلا وأن الغلط في الباعث لا يؤثر في صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدي ألصق بالعقد من الباعث

(١) ٢٤ يونية سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩ .
(٢) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣م ٤٥ ص ٢٠٣ .
(٣) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤م ٤٧ ص ٥٠ .
(٤) ٨ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦ .
(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧م ٩ ص ١٩٠ .

فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه .

ثم تطورت نظرية الغلط ، فاستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح الغلط فى الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا نحن واجهنا هذه النظرية الحديثة فى الغلط بالنظرية التقليدية فى السبب ، بقى الفرق قائماً بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى وهو الغرض المباشر من الالتزام وبين الغلط فى الباعث وهو أمر خارجى عن العقد ، وأمكن تبرير الفرق فى الحكم : فالغلط فى السبب اللصيق بالعقد يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث الخارج عن العقد فلا يجعل العقد إلا قابلا للإبطال .

ولكن لما تطورت نظرية السبب هى الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة ، وأصبح السبب هو عين الباعث ، لم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط فى الباعث . فكلاهما غلط فى الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب ، حتى تدخلت كل دائرة فى الأخرى ، فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما ، وإلا وقعنا فى المحظور الذى أشرنا إليه عند الكلام فى نظرية الغلط ، ووقع خلط عجيب ما بين نظريتى السبب والغلط ، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلا ، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلا للإبطال (١) .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة فى كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يشيروا فى ذلك برأى حاسم (٢) .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ما ورد فى بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٠٥ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فى حاشية الفقرة ١٧٣ من هذا الكتاب) من أن الغلط فى الباعث هو فى الواقع غلط فى السبب ، والجزاء فى الحالتين هو البطلان النسبى لا البطلان المطلق ، وذلك لأن شرط الصحة فى السبب تراد به حماية مصلحة فردية ،

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط ، واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط فى الباعث شىء واحد ، كلاهما غلط فى الباعث كما قدمنا ، وكلاهما يجعل العقد قابلا للإبطال. وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذى بيناه ، استخلصها القانون الجديد للغلط ، واختفى من نصوص السبب فى القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط فى السبب الضيق اللصيق بالعقد الذى تقول به النظرية التقليدية فى السبب ، بل صار هو عين الغلط فى الباعث الذى تقول به النظرية الحديثة فى الغلط . ووجب أن يعطى الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذى يعطى للغلط فى الباعث ، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه . فيتزحزح الغلط فى السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط ، ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح فى نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً فى الباعث ، ومحل الكلام عنه إنما يكون فى نظرية الغلط . أما الغلط فى السبب بمعناه التقليدى فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل ، فالكلام

= فجزاء الإخلال به البطلان النسبي ، أما شرط المشروعية فتراد به حماية مصلحة عامة ، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق — أنظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمى بهجت بدوى بك (أصول الالتزامات ص ١٧٩ وص ١٨٦ وص ٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه قصور الغرض المباشر الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقد عن إجابة الحافز الرئيسى الذى حفزه للتعاقد ، ويقول إن هذه الصيغة هى بعينها صيغة السبب غير الصحيح ، وهى على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط فى الشخص وغلط فى الشىء وغلط فى غير ذلك ، لأن العبرة ليست بصفات الشخص أو بصفات الشىء وإنما بالغرض الذى أى بالحافز الرئيسى . فإذا ما خلص له أن حالتى الغلط والتدليس هما بعينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء فى كل هذه الأحوال البطلان النسبى لا البطلان المطلق . فهو يلحق الغلط بالسبب فى ماهيته ، ثم يلحق السبب بالغلط فى جزائه . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً حاشية الفقرة ١٧٢) .

فيه هو أيضاً لا يكون فى نظرية السبب (١) .

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب ، وكيف استخدم الفقهاء الكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب ، وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادىء الأمر لحماية مصلحة عامة هى المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول ، فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هى تحرير الإرادة من عيب الغلط . فمن وقع فى غلط دفعه إلى التعاقد ، كمن تعاقد لسبب غير مشروع ، يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب . وظاهر أن فكرة الغلط دخيلة على نظرية السبب ، فالأولى تحمى مصلحة خاصة للأفراد ، أما الأخرى فتحمى مصلحة عامة للجماعة . والأحرى إلى رجاع نظرية السبب سيرتها الأولى ، فتمحض لحماية المصلحة العامة . وينتقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط ، ولا يبقى فى دائرة السبب إلا السبب غير المشروع ، وهذا ما فعله القانون الجديد .

٢٩٣ — لا يوجد للسبب فى القانون الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً : ومن ثم لا نجد فى القانون الجديد عبارة «السبب الصحيح» التى كنا نقرأها فى القانون القديم ، فقد اختفت وأخلت باختفائها الميدان للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلين . فالحق أن الغلط فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون غلطاً فى الباعث . وقد كان يخلق التنبيه إلى ما فى الإبقاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من تشبث بأهداب السطحيات والفوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فكرة الغلط من السعة ما جعلها تجاوز نطاقها المادى الضيق ، وتصبح فكرة نفسية تتناول الباعث المستحث ، وتنتهى بذلك إلى صورتها السوية فى « الغلط الجوهرى » . ولهذا رؤى إخراج « السبب غير الصحيح » أو الغلط فى السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبى ، شأنه فى ذلك شأن سائر ضروب الغلط . ولم يستبق المشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الصورى . ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية ، وجعل السبب الحقيقى مرجع الحكم فيما يرتب العقد من آثار . فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد ، وإن كان غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعية سببه لا لصوريته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦)

إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا . وكان القانون القديم فى المادتين ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .

فلا يشترط إذن فى السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت فى القانون الجديد .

والواقع من الأمر أن السبب ، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد ، يجب استبقاؤه ، على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية فى التعاقد . ذلك أنه هو وحده الذى يستطيع أن يقوم بهذه الحماية فى صورة السبب المشروع ، ولايغنى عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء (١). ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته ، فلا تجاوز ذلك إلى حماية العاقد ضد الغلط فى صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية الغلط تغنى عندئذ عن نظرية السبب ، بل وتفضلها من حيث الجزاء .

وقد فهم القضاء ، فى مصر وفى فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه . فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع فى إبطال العقد . وقل أن تجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط فى العمل بالغلط . ويكفى للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصرى والفرنسى فى السبب لنراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح (٢) . وهذا إن دل على شىء فهو يدل على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً عملياً منتجاً فى نظرية السبب . وقد قام على هذا

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستغناء عن مشروعية السبب ، والاقتصار على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألمانى مثلا. فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب . وغرض العقد هو سببه ، والتعبير عن الغرض بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩)٢ فقرة ٢٨١ ، وقد جاء فى هذه الفقرة ما يأتى : « لم يستخدم القضاء كثيراً فكرتى انعدام السبب والسبب غير الصحيح ، فقد كان لديه لهذا الغرض أداة أخرى هى إبطال العقد للغلط . ولكنه على النقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع ، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لتقرير جزاء القاعدة التى اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى » .

النحو بمهمته خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر ، فيعين القضاء على شق طريقه ، ويصوغ له نظرية جديدة فى السبب تمشى مع مقتضيات العمل . وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك ، فخطا بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة فى تاريخ تطوره الحديث . فاتسع أفق السبب بعد هذا الضيق الذى كان ملحوظاً فى النظرية التقليدية ، وخلص من الشوائب التى كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هى نظرية الغلط .

٢٩٤ — مأخذاد على القانوده الجديد : على أن هناك مأخذين على القانون الجديد : تجمعا فى العبارة التى صدرت بها المادة ١٣٦ . فقد جاء فى صدر هذه المادة : «إذا لم يكن للالتزام سبب» . فالسبب قد نسب إلى الالتزام، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دمنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذى تمييز (١) .

والعبارة التى ننتقدها أليق بالنظرية التقليدية ، ففى هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة فى أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة (٢) .

§ ٣ — إثبات السبب

٢٩٥ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك» .

---

(١) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتى : « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، كان العقد باطلا » .

(٢) قارن الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٤ ص ١٩٩ هامش رقم ٥ .

«٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه» (١).

وهذا النص لا مقابل له فى القانون القديم ، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصرى يطبقها من قبل . ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قننها لما لها من أهمية عملية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى:

«أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان : (أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع فى الالتزام ولو أغفل ذكره فى العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى العقد . (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية» (٢).

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ — يفترض فى كل التزام أن له سبباً مشروعاً ، ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ — فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه» . وقد اقترح فى لجنة المراجعة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة وحذف عبارة «أو على عدم مشروعيته» من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظى على الفقرة الأولى ، فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات ، وأصبح نص المادة النهائى (م ١ : ١) مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى : «فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه» ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرار بقائها . وأصبح رقم المادة ١٣٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

فى العقد . (والثانى) أن يكون هناك سبب ذكر فى العقد(١) . ونستعرض كلا من الفرضين .

٢٩٦ — السبب غير مذكور فى العقد : وهذا هو الفرض الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانونى يقضى بأن الدائن، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذى يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه . ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما فى ذلك البينة والقرائن(٢) . وقد كان الفقه(٣) والقضاء (٤) فى مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص ، فجاء القانون الجديد مؤيداً لها كما قدمنا .

---

(١) سواء ذكر فى السند المكتوب الذى يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغنى عن البيان أن السبب الذى يذكر فى العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر فى العقد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مسايرة للسبب بمعناه فى النظرية التقليدية ، لا سيما عندما تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شىء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث فى العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته .

(٢) نقض مدنى فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ — وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ ص ٥١٧ — استئناف وطنى فى ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ ص ١٦١ — محكمة استئناف مصر فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٤٩ ص ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلا كما رأينا ، أما الثانى فلا يبطل ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيتخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك فى التصرف المجرد .

(٣) دى هلتس ٣ ص ١١٧ فقرة ١٤ — هالتون ١ ص ٢٤١ — والتون ١ ص ١٠٢ — عبد السلام ذهنى بك فقرة ١٧٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٩ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٠٦ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٤ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ — وفى ٢ فبراير ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ — وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ — وفى ١٣ مايو سنة ١٩٣١ — ...

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . ويستوى فى ذلك ألا يكون السبب مذكوراً فى العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صورى وثبت أن السبب الحقيقى غير مشروع كما سيأتى .

٢٩٧ — السبب مذكور فى العقد : وهذا هو الفرض الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى الذى رضى المدين أن يلتزم من أجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد ليس هو السبب الحقيقى ، بل هو سبب صورى يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن (١) . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات ، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات إذا كان

= م ٤٣ ص ٣٩٠ — وفى أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ — وفى ١٩ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر فى العقد فهو مفروض ، وعلى المدين إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت المدين صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقى ينتقل إلى الدائن (نقض مدنى فى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ ص ٤٦٩) . وانظر فى أحكام القضاء المصرى فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٧٩ هامش رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد فى سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقى ، كان إقراره هذا غير قابل التجزئة ، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً مالم يثبت المدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠ — وفى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات =

السبب الصورى مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة .
وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصورى مكتوباً ، ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش ، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (١) .

الفرع الرابع

الجزاء : نظرية البطلان (*)

٢٩٨ — نظرية البطلان فى القانون القديم وفى القانون الجديد :

بطلان العقد هو الجزاء القانونى على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية

= وبعدما أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا فى نفى وجود قرض حقيقى (١٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف فى النظرية التقليدية ، ويغنى عنه ركن التراضى على عقد القرض ، فيكون عقد القرض ذاته فى هذه القضية هو العقد الصورى ، ولا محل للكلام فى صورية السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً) .

(١) استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣٤/١ — وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ — استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ — وفى ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٣ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ — هذا وإذا تبين أن سبب السند هو الربا الفاحش فللمدين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع (استئناف مصر الوطنية فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط فى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨) . على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفى للترخيص فى إثباته ، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات بالبينة على ما يخالف المكتوب مالم تدل الوقائع الثابتة فى الدعوى على أن هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطنى فى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ — وفى ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية ، فعلى الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقترض ، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحكمة تقبل اعتراف المدين (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

(*) بعض المراجع : بفنوارس ٦٤٦ وما بعدها — بنكاز (ملحق بودرى) ٢ ص ١ —

لشروطها ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم فى بطلان العقد على أثر الفراغ من الـكلام فى أركانه .

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان ، بل كنا نجد القواعد العامة فى البطلان تحتويها نصوص متناثرة فى أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن القانون المدنى الفرنسى . أما القانون الجديد فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً ، جمع فيه النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد (م ١٣٨ - ١٤٤) . ونحن نبسط نظرية البطلان فى هدى هذه النصوص (١) .

= وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها — إيرنج : أعماله المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيمار فى بطلان الشركات والشركات الواقعية — دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوايه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ — بييد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافاليوتى (Cavaliotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — لوتزسكو (Lutzesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — برتران (Bertrand) رسالة من ليل سنة ١٩٣٩ — السندور (Alcindor) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — دى سوتو (De Sotto) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٥ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٤٥ وما بعدها ومقالاته فى آثار التصرفات الباطلة فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٧٩ وما بعدها و ٤ ص ٣١٧ وما بعدها — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٢٤٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظرة العامة للبطلان ما يأتى : « اتبع المشروع ما تستهدف له التقنينات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات فى صعيد واحد . وقد نهج فى هذا الشأن نهج التقنين البرازيلى . وجعل للبطلان نظرية جامعة ، فهيأ بذلك مكانا مناسباً لطائفة من الأحكام تأثرت وافترط عقدها مع ما بينها من سبب جامع ، كالنصوص الخاصة بالتزام ناقص الأهلية برد ما تسلمه عند إبطال العقد . وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتينى فيما استحدث فى هـذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره فى هذه الناحية . فقد اقتبس المشروع أحكاما هامة من التقنينين الألمانى والسويسرى . فمن ذلك ... نظرية انتقاص العقود ونظرية تحويل العقود أو انقلابها . وتطبق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شق من العقد ، وتطبق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انعقاد عقد آخر (أنظر المادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين الألمانى) . وراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستلهما فى ذلك تقنين الالتزامات السويسرى (أنظر المادة ٢٢٩ وهى =

٢٩٩ — ضرورة تمييز البطلان عما يقاربه من النظم : ويحسن منذ البداية أن نميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم . نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité) ، وبينه وبين الفسخ (résolution) .

فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى فى حق الغير . فالعقد الحقيقى فى الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ فى حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذى أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية . والبيع فى مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد قابلا للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو فى الوقت ذاته لا يسرى فى حق الغير . فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشترى ، ثم هو لا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، وقد يجيز المشترى العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلا للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سنرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد(ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن « الغير » ليس له مدلول واحد ، فيختلف مدلوله فى مثل عنه فى المثل الآخر .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب فى ركن من أركان العقد ، أما فى الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا فى العقد الملزم للجانبين .

= تجعل المدتسنة واحدة)، هذا فضلا عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة. ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير فى هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الطويل ، ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤) .

٣٠٠ — أنواع البطلان : لما كان البطلان يعدم العقد ، فإن المنطق يقضى بأن يكون البطلان درجةواحدة لاتقبل التدرج ،إذ العدم لا تفاوت فيه. ولكن نظرية البطلان ،مع هذه البساطةالمنطقية ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ، ولاعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية ، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثى للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين : فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائى ، وبعضهم لا يكفيه التقسيم الثلاثى ويذهب إلى تنويع البطلان مراتب متعددة .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبى (nullité relative).وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون. ولهذه الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل.وركن من هذه الأركان — وهو الرضاء — لا بد أن يصدر من ذى أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل فى العقود الشكلية ، فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً ، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد باطلا بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . إذ التمييز يصطدم مع المنطق ، وليس بذى فائدة . أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانونى ، فهو يستوى فى الانعدام مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت فى العدم كما قدمنا. وأما أن التمييز غير ذى فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هى عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه

الفرنسي في مناسبة عقد الزواج، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص، صيانة له من التزعزع. فقامت حالات بطلان لا شك فيها، ولكن لم يرد في شأنها نص، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه. فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات. وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية.

وهناك من الفقهاء من يذهب، على النقيض مما تقدم، إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية. فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات. وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين، فإذا اختل شرط كان العقد باطلا في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط، فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون (١). ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية، كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد)، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد)، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م٥٠٧ جديد)، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً، وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها (٢).

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار. وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً

---

(١) أنظر دروجول (Drogoul) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها — جابيو (Japiot) في رسالته في بطلان العقود ص١٥١ وص١٥٤.

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٨١٩ — فقرة ٨٢٠.

مطلقاً (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر كما سنرى على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلقى فيها العقد أحد مصيرين ، فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشئاً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح ، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداما تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلا بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلا يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان ، يندمج فيها البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام (١) .

٣٠١ — تأصيل البطلان : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضي المنطق القانوني ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية

---

(١) وقد ورد في « نظرية العقد » للمؤلف (ص ٦١٨ هامش رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر: الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق » .

البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضى شيئاً من التنوع . والأَوْلى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائى ، فيكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً أو باطلا بطلاناً نسبياً ، أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال . ونقف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية. ففى الحالة الأولى يكون العقد الشكلى الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلا ، ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل. وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة. وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فى فروض دون فروض كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذى يختاره (١) . ونحن فى هذه الدائرة وحدها — دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب — نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص فى القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما فى بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفى بطلان تصرف السفيه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ جديد). وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع فى شأنه النص الذى يعالجه. ولكن البطلان الذى يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية نتولى الآن تقعيدها .

ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هى الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أى ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة ، ويكون باطلا . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب تشترط فيه المشروعية . فشروط التمييز والتقابل والتطابق فى الرضاء ، وشرط

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ فى الهامش .

الإمكان والتعيين فى المحل هى شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية فى المحل وفى السبب هو شرط قانونى لا يقوم العقد أيضاً بدونه . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا (١) . والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن فى العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء كما رأينا يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح . وفى هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو منعقد تترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذى صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد ، كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه فى إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق فى إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاءه من نقص (٢) .

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً يجمع الحالات التى يكون فيها العقد باطلا ، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتى :

« يكون العقد باطلا فى الحالات الآتية :

ا) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

ب) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر فى المحل أو فى السبب شروطه الجوهرية .

جـ) إذا اشترط القانون فى العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل . أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً فى تكوين العقد .

د) إذا ورد فى القانون نص خاص على البطلان » .

وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى « لأن أحكامها منصوص عليها فى المواد السابقة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ فى الهامش) .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصا يجمع الحالات التى يكون فيها العقد قابلا للإبطال . فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتى :

« يعتبر العقد قابلا للإبطال فى الأحوال الآتية :

وليس فيما قدمناه من تأصيل للبطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدى إليها ، ومعلولات معقولة لعلل ظاهرة (١).

= ا) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية .

ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

ج) إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان» .

وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى «لأن أحكامها منصوص عليها فى الموادالسابقة ». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ فى الهامش).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً. وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع .و حكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء يفسدبسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاءه العيب أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلانويعتبر العقد فيها باطلا لاحكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٥ — ص٢٥٦) .

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجه العقد الباطل من الآثار .

فالقانون الألمانى يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبى (م١٤١ — ١٤٢). بل إن الفقه الألمانى يعرف العقد المنعدم .

ويميز قانون الالتزامات السويسرى بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م١١و١٩و٢٠) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (م٢١ و٢٣ و٢٥ و ٢٦ و٢٨ و٢٩) .

والقانون الإنجليزى يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المنعدم ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلا ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا نفذه الملتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبيعى فى القانونين المصرى والفرنسى ، ولما كان القانون الإنجليزى لا يعترف بالالتزام الطبيعى كنظرية عامة ، فقد وضع إحدى حالاته فى نظرية البطلان .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص فى تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره .ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هى العقد الباطل ، ثم الفاسد ، =

٣٠٢ — خطة البحث : والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقادم. (٣) تقرير البطلان . ونتولى بحث كل من هذه الأدوار .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للابطال

٣٠٣ — الآثار العرضية والآثار الأصلية : العقد الباطل ليس عملا قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادى (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلى الذى يترتب على العمل القانونى باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضى يترتب على العمل المادى باعتباره واقعة قانونية. على أن العقد الباطل قد ينتج فى حالات استثنائية أثره الأصلى باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

= ثم الموقوف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر . فالعقد الباطل ما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفاً ، أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل ، وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض . والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد .وهو لا يفيد الملك فى المعقود عليه ألا بقبضه برضا صاحبه . والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف فى ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صبياً مميزاً . فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك فى الصورة الأولى ، والولى أو الوصى فى الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذى أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان فى الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان فى القانون الحديث .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية ، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل ، كان المقصود أن يدخل فى مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله (١) .

ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

المطلب الأول

الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤ — *استعراض بعض هذه الآثار* : قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو فى الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة فى بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف فى الرأى (٢) . وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلا وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلى ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

---

(١) وقد يكون العقد القابل للابطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجا لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلا للملكية يستند إليه الحائز فى التملك بالتقادم الخمسى ، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قاصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشترى العقار بالتقادم الخمسى . وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر فى العلاقة ما بين المشترى والمالك الحقيقى واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشترى فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المشترى يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، لاسيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشترى أن يرجع بالثمن على القاصر باعتبار أنه قد أفاد منه إفادة كاملة.

(٢) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها وص ٤٠ وما بعدها .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ، ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين ، إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

§ ١ — نظرية تحول العقد (*)

(Conversion du contrat)

(ونظرية انتقاص العقد Réduction du contrat)

٣٠٥ — النصوص القانونية : لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات . أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً صريحاً هو المادة ١٤٤ ، وهي تجرى على الوجه الآتي :

«إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد (١)» .

(*) بعض المراجع : سالى في إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما بعدها — پران (Perrin) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — بيد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى مقال في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ — ص ٤٣٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول» . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات =

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية ، صاغها الفقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألمانى كقاعدة عامة فى نص صريح هو المادة ١٤٠ (١) . وعلى نهج التقنين الألمانى سار القانون المدنى الجديد .

٣٠٦ — كيف يتحول لتصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح :

وتتلخص النظرية فى أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الذى توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح «كمبيالة» لم تستوف الشكل الواجب فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند عادى صحيح . ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلا لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier)، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة ، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة . ومثل هذا تصرف باطل فى شىء كان

= لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص ، وقيل فى الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن تضع للقاضى معياراً لتحقيق العدالة ، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين ، ولكنا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكييف القانونى من القاضى يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضى يحقق النية التى كان مفروضاً قيامها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الاقتصار على حذف عبارة « لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له ، ولأن المسألة نيط أمرها بالنية ، ولا محل التقيد بعد ذلك بالعلم أو بأى ظرف آخر ما دام الأمر سيرجع فى النهاية إلى تقدير القاضى . وأصبح رقم المادة ١٤٤ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٧) .

(١) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى بما يأتى : « إذا كان العمل القانونى الباطل يفى بشروط عمل قانونى آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذى يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان » . ويجمع هذا النص شروط التحول الثلاثة التى سيأتى ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المحتملة ، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بانعدام الإرادة المسكية على ما سيأتى بيانه (أنظر فى هذا الموضوع رسالتى فى إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨) .

قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف ، فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ — شروط تحول العقد: ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : (١) بطلان التصرف الأصلي . (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر(١) .

فيجب أولا أن يوجد تصرف أصلي باطل . وتترتب على هذا الشرط نتيجتان : (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً ، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة ، لأن الهبة وقعت صحيحة ، ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلا بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلا وكان التصرف قابلا للانقسام ،

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تحول العقد ما يأتي : « استقيت أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤ جديد) من التقنين الألماني أيضاً . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص التي تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلهما ، ويبدلهما من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان . فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في العقد الأصيل الذي قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية . فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد ، إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية . ولعل اعتبار الكمبيالة التي لا تستوفي ما ينبغي لها من الشروط الشكلية سنداً إذنياً أو مجرد تعاقد مدني من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في صدد فكرة التحويل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) .

فلا يكون هناك محل لتحول التصرف ، بل لانتقاصه (réduction) ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدنى الجديد صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه «إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله»(١) . مثال ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك : فتقع قسمة الموقوف باطلة ، وتبقى قسمة المملوك صحيحة ، إلا إذا أثبت من يطعن فى القسمة كلها أنها ما كانت لتتم فى المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل فى وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للبطلان ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للبطلان» . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا» لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهى تقرر نتيجة تستخلص فى غير عناء من النص نفسه ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ — ص ٢٦١)

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من التقنينات الجرمانية ، ومن بينها التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص (أنظر أيضاً المادتين ٣٢٧/ ٣٠٨ من التقنينين التونسى والمراكشى) . وهى تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع العاقد فى غلط جوهرى بشأن شىء منها ، ففى كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشىء الذى وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ، ويظل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا ، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى بطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٣٩ من التقنين الألمانى والمادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنينين التونسى والمراكشى ، وهى تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد) . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التفسيرية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٠)

يدخل في نطـاق قاعدة انتقاص العقد . ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء في الشيوع اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتنقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتنقص الفوائد إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد) . في مثل هذه الأحوال ينتقص العقد لا يتحول ما دام قابلا للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلا لها فإنه يبطل بأكمله . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحوله إلى عقد آخر صحيح ، كما قد يكون هناك محل في حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانتقاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم (١) .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبـائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض (٢) .

---

(١) محكمة الزقازيق في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ ص ٢٣٢ — وانظر في موضوع الانتقاص مقالا للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجـلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ — ص ٤٠٧ — وانظر أيضا المادة ٢٠ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري .

(٢) ومن ثم لا يعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد . وقد رأينا، تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثري يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراءه (أنظر آنفاً فقرة ١٧٨) . وليس في هذا تحول بيع شيء غير أثري إلى بيع شيء أثري ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يـكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأثري بالذات ، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول .

ويحسن في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد وتحوله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً . فعرض البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراءه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأثري — على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفي الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ، فعرض ما يكفي لرفع الغبن =

ويجب أخيراً أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلى باطل . فإرادتهما الواقعيـــة انصرفت إلى التصرف الأصـلى ، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر .. ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل — باعتباره واقعة مادية — عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا (١) .

—————

= هو إدخال عنصر جديد فى العقد أدى إلى تصحيحه . وكذلك الحال فى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل فى بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس . ويعتبر أيضاً تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪ ، وتخفيض الأجل الاتفاق للبقاء فى الشيوع إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح فى هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقاص العقد وهو إجبارى بمقتضى القانون لا اختيارى بإرادة المتعاقد . ويجرى التصحيح ، كما رأينا ، بتغيير فى عنصر من عناصر العقد : إما بإبداله بعنصر جديد كما فى إبدال غير الأثرى بالأثرى ، وإما بزيادة فيه كالتكملة فى حالتى الاستغلال والغبن ، وإما بانتقاص منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية وإنقاص الأجل الاتفاق للبقاء فى الشيوع . والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادى وعمل مادى يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذى لم يتقرر بطلان العقد لصالحه . وله أثر رجعى كالإجازة ، فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه — وتصحيح العقد غير مراجعة القاضى للعقد . فالتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقد أو بمقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون إلا فى عقد نشأ معيباً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ معيباً كإنقاص الالتزامات فى الاستغلال وفى عقود الإذعان ، وقد تكون فى عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضى للمسائل غير الجوهرية التى لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وكإنقاص الالتزام المرهق فى نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو ، كما رأينا ، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى ، وإنما تكيف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح .

وأما إجازة العقد فهى ، كما سنرى ، استبقاء العقد القابل للإبطال بعناصره كما هى . وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد المجاز على تكييفه القانونى الأصلى دون أن يكيف تكييفاً جديداً ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول .

(١) ويبرر ذلك أن التصرف الصحيـــح قد قام على الغاية التى قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالى . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ، =

§ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد(*)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ — كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد — وما هو جزاء هذا الخطأ : قد يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ، ويطمئن إلى ذلك ، ويبنى تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا تقرر بطلان العقد ، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن فى حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أى أساس قانونى يكون هذا الرجوع ؟

هذا هو وضع المسألة فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه ؟

= وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فإن كان هناك طريق قانونى صحيح يؤدى إلى الغاية ذاتها ، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانونى الصحيح ، لو أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانونى الذى اختاراه ، مادام الطريق الصحيح يؤدى إلى الغاية العملية التى قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية ، لا بالإرادة القانونية .

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط فى التحول أن تنصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل . فلا تكفى الإرادة المحتملة . بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلى فتنصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الاحتياطية هى كما نرى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلا فى الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة .

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة ، بل يكتفى بانعدام الإرادة العكسية . فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول .

(*) بعض المراجع : إهرنج : أعماله المختارة جزء ٢ ص ١ — ص ١٠٠ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٣ — فقرة ١٦١ — سالى فى إعلان الإرادة م ١٢٢ فقرة ١ — فقرة ٦ وم ١٤١ فقرة ٥٤ — فقرة ٦٠ — روبييه رسالته فى المسئولية السابقة على التعاقد — لجرو (Legros) فى المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ — رو (Roux) فى التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ — ملنراد فى الالتزامات التى تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ — ص ٤٠٥ .

ونأتى بأمثلة توضح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر ، وكمدير شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل، وكأن يلتزم البائع لسبب غير مشروع ، ولكن المشترى لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد . وقد يكون العقد قابلا للإبطال ، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد ، وكأن يقع أحد المتعاقدين فى غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح ، وكمن يشترى من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالجه القانون بنصوص خاصة . فالموجب الذى يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد) . ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به ، فالغلط لا يؤثر فى صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن فى غير الأمثلة التى ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذى اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيرى ، رجع المتعاقد الذى اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذى أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

٣٠٩ — نظرية إهرنج فى الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج (Ihering) الفقيه الألمانى المعروف واجه هذا الفرض فى صوره المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo) . ودعاه إلى ذلك أن القانون الرومانى كان فى ألمانيا هو القانون المعمول به فى عهده . ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال الضارة التى توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilia) المعروف . فلم يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل ، كواقعة مادية ، يعتبر خطأ يوجب التعويض . ولكنه نقب فى نصوص القانون الرومانى فعثر على بعض النصوص التى تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر فى العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها (١) . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشىء التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التى وجدها فى القانون الرومانى ، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية ، فى إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذى قام عليه هذا المظهر ، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد ، بحيث يرجع إلى الحالة التى كان يصير إليها لو لم يتعاقد (٢) .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية — الخطأ والعقد والتعويض — يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر فى إقدام المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب

---

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ ومابعدها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلا : متجر فى مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف فى مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ « بيع » بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادى ، وحذف منه المقطع الأول (vor) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه « يشترى » . فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميله بدلا من أن يبيع . ونزل سعر السندات بعد ذلك ، فبلغت الخسارة مبلغاً جسيما (إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧ — ص ٨) .

توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان ، فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع ، وأن من العدل أن يتحمله هو وقد وجد سبب البطلان فى جانبه ، لا أن يتحماه المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن فى موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان فى جانب أحد المتعاقدين هو فى ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض .

وأما العقد الذى أخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقدالآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين . ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الرومانى : فهذه القواعد ضيقة فى العقد كما هى ضيقة فى الخطأ . وليس كل إيجاب وقبول فى القانون الرومانى يعتبر عقداً . لذلك لايقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا،بل يقيمها على العقد الباطل ذاته ، ولكن لاكواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ فى القانون الرومانى ، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا فإذا قيل إن العقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً ، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرد العقد الباطل من كل آثاره : وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلا ، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأى بتطبيقات مختلفة فى القانون الرومانى (١) . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التى سبقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل على أساس أنه عقد . وهذه الخصيصة هى أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلونه الخاص فى نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملا كما

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ٢٨ — ص ٣٠ .

فى التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (intérêt positif - Erfullungs Interesse) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (intérêt négatif - negative Vertrugs Interesse) . ويأتى إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة فى فندق وتخلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولا عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد ، فيدفع أجرة الغرفة . أما إذا كان العقد باطلا ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد . ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا فى الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . — ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلا : تاجر باع عشرة صناديق من « السجاير » ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشترى لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقة والخسارة التى لحقته من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات فى إرسال الصناديق واسترادها . أما إذا كان العقد باطلا ، بأن كان المشترى لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلا ولكن وقع خطأ مادى فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . — وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، فى هذه الحالة يرجع أيضاً

بالمكسب الذى فاته إلى المصروفات التى أنفقها ، فيستوى التعويضان — وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقده الأول ، فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية ، فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية ، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد — على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون فى بعض الفروض منعدماً ، ففى المثال الذى نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشترى وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى ، فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما ، إذ لم يفتد مكسب ولم يتكبد خسارة (١) .

٣١٠ — أثر نظرية إهرنج فى القوانين الحديثة : وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سالفة الذكر . ونتعقب هذا الأثر فى القانون الألمانى بنوع خاص . ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم والقانون المصرى الجديد .

أما فى القانون الألمانى فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كنظرية عامة ، بل فى مواطن متفرقة . فنص فى المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلا وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ فى نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعوض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعوض أى شخص ، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة ، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة . وينقطع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال . وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروض معينة : فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط.

---

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٨ — ص ٢٢ .

ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألمانى على أن الطرف الذى يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل، باستحالة هذا العمل، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد ، دون أن يجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التى لهذا الطرف فى صحة العقد . على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، بهذه الاستحالة. وهذا النص تطبيق آخر للنظرية فى فرض بطلان العقد لاستحالة المحل ، ويتميز بأنه يشترط فيه خطأ فى جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون عالماً باستحالة تنفيذ العقد وفى هذه الحالة يكون سىء النية ، وإما أن يكون فى استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفى هذه الحالة يكون مقصراً ، فهو مخطىء فى الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ . ونلاحظ أن القانون الألمانى إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى الفروض التى قدمناها ، فإنه لم يبن المسئولية على خطأ عقدى كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسئولية تقصيرية فى الفرض الأخير كما رأينا ، وجعلها مسئولية مادية فى الفروض الأولى .

أما فى القانون الفرنسى فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالى فى ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسى ، وهو يقضى بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشترى يجهل أن الشىء مملوك للغير . فمصدر التعويض فى هذه الحالة . فى نظر سالى ، لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية ، وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد ، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد(١) . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، وترى فى حالة ما إذا كان العقد باطلا أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية (٢) .

---

(١) سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٦١ — أنظر أيضاً فى هذا المعنى بتوسع كبير بودرى وبارد ١ فقرة ٣٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ٣٢٤ — ومع ذلك أنظر فقرة ١٨٩ . مازو ١ فقرة ١١٦ — ١٢١ — هلستراد ص ٧٥ و ص ١٨٩ — ص ١٩٠ .

والقانون المصرى القديم كالقانون الفرنسى لم يؤخذ فيه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (١) .

وكذلك هو الأمر فى القانون الجديد . بل إن المشروع التمهيدى لهذا القانون كان قد تضمن نصاً يقرر هذه النظرية ، فحذف النص فى المشروع النهائى «لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها» (٢). وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من القانون الجديد تنص على أنه «فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد» ، فليس المقصود من هذا كما سنرى التعويض عن المصلحة السلبية المعروفة فى نظرية الخطأ فى تكوين العقد ، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر ، دون تعويض عن أية مصلحة إيجابية أو سلبية ، إلا إذا ثبت فى جانب المسئول خطأ تقصيرى ، وإذا تعذر الرد حكم بتعويض معادل . وإذا كانت المادة ١١٩ تنص على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته» . فالتعويض هنا ، كما هو ظاهر ، مبنى على أساس المسئولية التقصيرية ، وهى ترجع إلى الطرق الاحتيالية التى استعملها القاصر ، بحيث لو لم يستعملها لما ألزم بتعويض لا عن مصلحة إيجابية ولا عن مصلحة سلبية . وإذا كانت المادة ٤٦٨ فى بيع ملك الغير قد نصت على أنه «إذا حكم للمشترى بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية» ، فذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشىء غير مملوك له يعتبر فى ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض ، ولو كان هذا الشخص حسن النية .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٩٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ فى الهامش — وكانت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «١ — إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان ، فعلى الطرف الذى يتمسك بالبطلان أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن تجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحا . ٢ — على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد فى وقوع هذا البطلان ، أو كان يعلم بسببه ، أو ينبغى أن يعلم به» . وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف النص لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣ فى الهامش) .

٣١١ – رفض نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التقصيرى دون الخطأ العقدى : والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراراً لما ضاق القانون الرومانى عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن فى سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الرومانى ، وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ. فإذا ثبت فى جانب من أتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولا ، ولن نحار فى تكييف هذه المسئولية ، فهى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت .

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهى بين أمرين . إما أن تجعل قيام سبب البطلان فى جانب المتعاقد خطأ حتماً ، وقد يكون هذا المتعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير فى ذلك ، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التقصيرى . وإما أن تفرض عقداً ضمنياً بكفالة التعاقد ، ونحن إنما نتأول هذا العقد وتقسر عليه المتعاقد قسراً ولا تتمشى فى ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا العقد الضمنى لا يستقيم لنا فى كل الأحوال . فلو أن سبب البطلان كان القصر ، أيكون القاصر ، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى تقرر إبطاله لنقص أهليته ، ملتزماً بالعقد الضمنى الذى يكفل به صحة التعاقد ! وأين نقص الأهلية ! ألا يؤثر فى العقد الضمنى كما أثر فى العقد الصريح ! وقل مثل ذلك فى حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هازلا فى العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلا فى العقد الضمنى ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية ينطوى على شىء من التحكم قد يصعب تبريره فى بعض الحالات . كذلك الباقى من المقومات الثلاثة للنظرية — الخطأ والعقد — فى كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرره . والقانون الألمانى ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كقاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو فى هذه الحالات حاد عن النظرية فى الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير ، وقد تقدم بيان ذلك .

فالأولى إذن الرجوع إلى فكرة المسئولية التقصيرية فى الخطأ عند تكوين العقد ، واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيرى فتوجب التعويض . ويكون العقد الباطل ، فى هذه الحالة أيضاً ، قد أنتج أثراً عرضياً ، لا باعتباره عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية (١) .

المطلب الثانى

الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ – لأى غرض يرتب العقد الباطل آثاره الأصلية : قد يرتب القانون فى بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر فى الآثار العرضية ، بل باعتباره عقداً ؛ فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفى هذا خروج صريح على القواعد العامة ، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لا سيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل.

فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس فى تعاملهم يبقى فى حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون ، الذى تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية فى مختلف تطبيقاتها ، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .

٣١٣ – أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية : ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه . فمن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطلة ، ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى ببطلان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطلانها . وهذا

---

(١) قارن الدكتور حلمى بهجت بدوى فى أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ — فقرة ١٧٩ — ولا يغيب عن البال أننا ، وقد جعلنا المسئولية تقصيرية ، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسئولية . فيجب على من يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ويجب أيضاً أن يلاحظ أن الخطأ التقصيرى يختلف عن الخطأ العقدى فى الأهلية وفى مدى التعويض وفى الإعذار وفى التضامن وفى الإعفاء الاتفاقى من المسئولية ، وسيأتى بيان هذا كله عند الكلام فى المسئولية التقصيرية .

الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً . ووجه ذلك أن الشركة التي تقضى ببطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية (société de fait) ، تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً ، ويجنى الشركاء الربح ويتحملون الخسارة ، ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن» . ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون — إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أوزال لأى سبب — يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .

وشبيه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته ، فإن أعمال الإدارة التي صدرت منه قبل الفسخ ، وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعى ، وذلك حماية لاستقرار التعامل في أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصورى ، وهو عقد لا وجود له ، ومع ذلك يقوم بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصورى تصرفات الوارث الظاهر . فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضى بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون (error communis facit jus).

المبحث الثانى

الاجازة والتقادم

٣١٤ — مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث الإجازة والتقادم : العقد الباطل لا وجود له منذ البداية ، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقادم الدفع ببطلانه . أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته

الأولى، كما رأينا، يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله. ويزول هذا الحق بالنزول عنه، وهذه هي الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل، وهذا هو التقادم. فالعقد القابل للإبطال إذن، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم(١).

ونفصل الآن ما أجملناه.

المطلب الأول

الإجازة (Confirmation)

§ ١ — العقد الباطل

٣١٥ — العقد الباطل لا تلحقه الإجازة : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من القانون الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » (٢).

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجيز. وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أنه

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه : . . . . (ب) ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان، فهي تصحح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلا) وأن تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب ، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً . وإذا كان أثر الإجازة يستند ، أو ينعطف على الماضي ، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلا من يشتري عقاراً كان قد سبق للمالك بيعه ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التي تلحق بها صفة التقصير المدني ، فيظل مرتكبهما مسئولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة ، رغم إجازة العاقد الآخر للتعاقد ، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسئولية . (ج) وما دام العقد المطلق البطلان معدوماً، أو غير موجود ، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم . وعلى النقيض من ذلك ينعدم البطلان النسبي بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد ، أو بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية أو تبين الغلط أو التدليس أو انقطاع سلطان الإكراه ». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣١٩ في الهامش) .

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » : فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا ، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعيب فى الشكل قابلا لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها ، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته ، التزام طبيعى ، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعى (١) .

٣١٦ — ولكن يجوز عمل عقد جديد : وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection) (٢) . فالإجازة ، كما سنرى ، عمل قانونى صادر من جانب واحد هو المجيز ، ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد : ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد ، ويكتفى بتوافرها فى المجيز وقت الإجازة .

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٣١٧ — العقد القابل للابطال تلحقه الاجازة : نصت المادة ١٣٩ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » .

« ٢ — وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الهبة الباطلة شكلا ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام أدبى فى ذمة الواهب ، بمعنى أنه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده ، وبمعنى أنه ينقلب التزاماً مدنياً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ ص ٦٥٣) .

(٢) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification) . فإقرار العقد عمل قانونى صادر من جانب المقر ، وهو من الغير ، فيجعل العقد بهذا الإقرار سارياً فى حقه ، كالمالك يقر بيع الغير للملك ، وكالموكل يقر عقداً أبرمه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة .

الغير » (١) .

وقد قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً ما دام بطلانه لم يتقرر ، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر .

والإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها ، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر (٢) .

والذى يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك بالبطلان . فناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . وهذا مايقضى به المنطق القانونى ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان . ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه (٣) . ويجب فى المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — العقد الباطل بطلانا نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية . وتتحقق الإجازة على الأخص إذا نفذ العقد مختاراً من له الحق فى طلب البطلان وهو عالم بذلك . ويشترط لإجازة العقد أن تتوافر فيه وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وأن تكون الإجازة ذاتها خالية من كل عيب . ٢ — وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ تقرر أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يأتى : « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » مع حذف بقية الفقرة لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيرادها . ثم انتقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فتساءل الرئيس كيف تخل الإجازة بحقوق الغير ، فأجيب بأن ذلك يتحقق مثلا فى حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلا للإبطال . ورأى البائع إجازة هذا العقد ، فالمشترى الثانى تجب حمايته لأن التصرف الثانى يعتبر بمثابة تنازل عن حق الإجازة ، ولذلك يجب عدم نفاذ الإجازة فى حق المشترى الثانى . وبعد مناقشة طويلة انتهى رأى اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية متضمنة عبارة « دون إخلال بحقوق الغير » ، وأقرت اللجنة النص فى النهاية على الوجه الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٣٩ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٠ — ص ٢٤٦) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ .

(٣) وشذ بيع ملك الغير ، إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقى مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . ويفسر هذا علة البطلان فى بيع ملك الغير ، وهى ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى ، فإذا أجاز المالك الحقيقى العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية ، تنتفى علة البطلان ، فيزول .

الأهلية بالنسبة إلى العقد الذى يجيزه ، وألا تشوب الإجازة — وهى عمل قانونى كما قدمنا — عيب من عيوب الإرادة ، غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذى قرر القانون من أجله البطلان . فناقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاءه عيب لاتكون إجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب ،حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك .

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية . ولا يشترط فى الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من القانون المدنى الفرنسى)، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح ، بشرط أن تكون نية المجيز فى الإجازة واضحة (١) . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان(٢)، أو بإتيانه عملا مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان(٣)، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذى اشترى به العين (٤) . وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر

---

(١) استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ — وفى ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ — والتون ١ ص ١٤٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفى ٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ .

(٣) كبنائه على الأرض التى اشتراها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التى يقوم بها المالك فى ملكه بعد أن كشف العيب الذى شاب عقد القسمة يعتبر إجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧) — كذلك يعد إجازة ضمنية للقسمة استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ريع الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه فى قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال .

(٤) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٥ . وتصرف البائع فى الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للإبطال (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥) . وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار فى الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة (استئناف مختلط فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤) . وانضمام القاصر بعد بلوغه سن الرشد لأبيه فى طلب قسمة عقار مشترك بينهما إجازة ضمنية لقسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونيةقبل بلوغ القاصر سن=

غير المجيز ، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن(١) .

٣١٨ — أثر الإجازة : وإذا أجيز العقد القابل للإبطال ، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد ، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال. وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات . ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن ، وتنتقل العين إلى المشترى مثقلة بحق الرهن (٢) .

= الرشد (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنه ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٥) . واستئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد العقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ ص ١٢٣) — ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥) — ومجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة ، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ — وفي ١٥ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢) ، ما لم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (بني سويف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٣٣) — ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع المتعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٥) ، ولا دخول المتعاقد في مفاوضات الصلح لم تكن منتجة (اسكندرية المختلطة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ ص ٤) ، ولا الإمضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للابطال ما دام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ — كارن دى هلتس ١ لفظ (confirmation) فقرة ١٢ .

(٢) ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأى على التخريج الآتى : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه ، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشترى ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك وهو المشترى ، وبعد إجازة البيع تنتقل العين نهائياً إلى المشترى خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١) .

هذا وإذا كان العقد القابل للابطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجيته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٤١٨ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢).

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة . فإن كانت هناك عيوب أخرى بقى باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً فى غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، بقى له الحق فى إبطال العقد للغلط .

المطلب الثانى

التقادم

§ ١ — العقد الباطل

٣١٩ — دعوى البطلان تسقط بالتقادم: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتى : «وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد» (١) .

---

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بفقرتيها) : ورد هذا النص فى المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة ، كما أن للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم» . وفى لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة «كل ذى مصلحة» لأنها أكثر شمولا من التعبير الوارد فى النص الأصلى. وطرحت مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط. مثال ذلك هبة باطلة شكلا إذا لم يسلم الواهب الشيء الموهوب ، ومضى على الهبة أكثر من ١٥ سنة ، ورفع الموهوب له دعوى يطالب بالموهوب بمقتضى عقد الهبة الباطل ، فللواهب أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة . أما إذا كان الواهب فى هذا المثال قد سلم الهبة للموهوب له بعد سنتين مثلا من وقت العقد ، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواهب أن يرفع دعوى ببطلان الهبة ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضى ١٥ سنة من وقت الهبة . ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المسقط ، لا التقادم المكسب الذى يقتضى أن الموهوب له بعد تسلم الهبة يضع يده عليها خمس عشرة سنة . وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتى: «وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به» ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «دون الدفع به» من الفقرة الثانية لأن من المتفق عليه أن الدفوع لا تتقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٣) .

وكان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هذا رأينا فى عهد القانون القديم (١) . ولكن القانون الجديد ، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية (٢) ومع بعض الفقهاء الفرنسيين (٣) ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم باقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد (٤). وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فعكس المشروع النهائى الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً الى القانون الجديد على النحو المبين فى الأعمال التحضيرية (٥) .

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل ، وبقيت دهراً طويلا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلا ، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

٣٢٠ — ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم : ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشترى ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشترى ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٥ .

(٢) نقض فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ١٨٨٠ — ١ — ١٤٥ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣١٠ .

(٤) أنظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٦١ .

(٥) أنظر تاريخ نص المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخاصة بها ، وقد سبق ذكرها فى هامش هذه الفقرة.(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٣) .

خمس عشرة سنة ، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشترى ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشترى ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشترى فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ، ما لم يكن المشترى قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب ، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان (١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهى دعوى شخصية يسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق ، وهى دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشترى إذا كان قد دفع الثمن فى بيع باطل ، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع فى دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشترى ببطلانه وهو دفع لا يسقط . فيتمكن المشترى عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشترى من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا

---

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان العقد قابلا للإبطال ، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سنرى. وفى المثل الذى نحن بصدده ، لو كان البيع قابلا للإبطال وتقادمت الدعوى ، فإن المشترى يكسب ملكية الأرض ، لا عن طريق التقادم المكسب لحق الملكية ، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذى غطى التقادم عيبه .

فقد البائع حقه فى استرداد المبيع ، أوضاع على المشترى حقه فى استرداد الثمن ، فإن ذلك لايرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان ، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد (١) .

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٣٢١ — الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » .

« ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » (٢) .

---

(١) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « ١ — لايجوز الطعن فى عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يقم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان للطرف الآخر فى ظرف ثلاث سنوات . ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم توافر الأهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس فمن الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه فمن اليوم الذى ينقطع فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال فمن اليوم الذى يتم فيه العقد . وفى كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضى خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد . ٣ — وتسقط كذلك بالتقادم الدعوى التى يراد بها إنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد » . وأدخلت لجنة المراجعة فى النص بعض تعديلات لفظية وأصبح رقم المادة ١٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق فى رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديد) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٩) .

ومن هذا النص يتبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً ، ولايجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع (١) . وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز ، يثبت وجوده منذ صدوره ، إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما في زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً ، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقادم البطلان ويزول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً ، ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقادمها في العقد القابل للإبطال . فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلا ، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقادمها . أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا ، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

٣٢٢ — مدة التقادم : وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل للإبطال في القانون القديم خمس عشرة سنة تسري من وقت صدور العقد . وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى في خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك

---

(١) ويلاحظ أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ سيتخذ ، من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم ، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم.

جعل المدة ثلاث سنوات فقط ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليتــه ، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم ينكشف الغلط مثلا إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق فى إبطال العقد يتقادم فى هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هى الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا فى حالات استثنائية كالحالة التى تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فإنها توقف وتنقطع وفقاً للقواعد المقررة فى التقادم .

وقد حذا القانون الجديد فى تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة . أما القانون السورى الجديد فقد أمعن، كالقانون السويسرى ، فى تقصير مدة التقادم فى البطلان ، فنصت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسنرى أن القانون المصرى الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً فى الدعاوى التى تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعى فى تقصير المدة فى تقادم البطلان أن يستقر العقد فى خلال مدة معقولة ، فلا يبقى مزعزعاً مدة طويلة . وروعى فى تقصير المدة فى تقادم الدعاوى التى تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات فى هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم ، فهى تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التى تنشئها إرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم فى الاستغلال — وهو عيب من عيوب الرضاء — أقصر من مدته فى العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع فى خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢) ، فتكون المدة فى الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية القياس الزمنى وناحية مبدأ السريان .

٣٢٣ — سريان مدة التقادم الجديدة على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد : ولما كان القانون الجديد قد قصر مدة التقادم فى البطلان على النحو الذى قررناه ، فإن هذه المدة القصيرة هى التى تسرى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل نفاذ القانون الجديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا القانون ، وذلك ما لم يكن الباقى من مدة التقادم المقررة فى القانون القديم أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد (م ٨ جديد) . ويتضح ذلك فى المثل الآتى : قاصر أبرم عقداً فى أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فيدرك القانون الجديد ، فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا العقد وتقادم البطلان فيه لا يزال سارياً ، إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التقادم بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، أى فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب فى هذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التى قررها القانون الجديد ، وهى ثلاث سنوات ، ويكون مبدأ سريانها من وقت العمل بالقانون الجديد ، أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التقادم فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد ، لا فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ ، وكان قد أبرم العقد قبل ذلك ، فإن التقادم يتم فى هذه الحالة فى ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم ، لا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد (١) .

المبحث الثالث

تقرير البطلان

(دعوى البطلان)

٣٢٤ — مسائل ثلاث : يعنينا فى تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثا : (١) من الذى يتمسك ببطلان العقد . (٢) وكيف يتقرر البطلان . (٣) وما

---

(١) أنظر فى كل ذلك المادة ٨ من القانون الجديد . وسنعود لتطبيق هذه المادة فى شأن التقادم فى العمل غير المشروع . ويقاس تطبيقها فى شأن التقادم فى الإثراء بلا سبب على كل من هذين التطبيقين .

الأثر الذى يترتب على تقريره .

المطلب الأول

من الذى يتمسك بالبطلان

٣٢٥ — العقد الباطل والعقد القابل للإبطال : فى العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك ، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . أما فى العقد القابل للإبطال ، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر (١) .

ونفصل ما أجملناه .

§ ١ — العقد الباطل

٣٢٦ — النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ على ما يأتى :

«إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة» (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً فى تعيين ذوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «فما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة محل التفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم — فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالمستأجر مثلا فى حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاناً مطلقاً ، بل ويجوز القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦) . وكان المشروع التمهيدى يقضى فى المادة ٢٠٠ منه بأن «كل من ادعى سبباً للبطلان المطلق أو النسبى يكون عليه إثباته» ، فحذف هذا النص فى المشروع النهائى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥ فى الهامش) .

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ فى الهامش .

الواردة فى المادة السابقة » .

٣٢٧ — يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى به : العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا . وسنرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع ، وقد تقضى الضرورة العملية فى بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى . وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة فى ذلك (١) .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكفى . فلا يجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة فى التخلص من جوار المشترى الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففى البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشترى حتى يسترد الثمن . ودائنو كل من البائع والمشترى لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر ، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فيتنفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشترى يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشترى حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الدين ، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى فى العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشترى يطلب البطلان

---

(١) محكمة المنصورة الكلية الوطنية فى ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١١٢ ص ٢٤٧ .

حتى يسترد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان ، لا عن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة ، بل بمقتضى حق مباشر لهم .

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، والقاضى لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٣٢٨ — متى يجوز التمسك بالبطلان : إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، فلابد من رفعها فى خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك فى أى وقت كما سبق القول ، ويجوز إبداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[١] .

٢§ — العقد القابل للإبطال

٣٢٩ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد على ما يأتى :

« إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق »[٢] .

وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه ،

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ (وكان الدفع بالبطلان الغلط ، وهو فى هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق) . وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان ، الذى جوزت المادة ١٣٣ من قانون المرافعات (قديم) إبداءه قبل الدخول فى موضوع الدعوى وقضت المادتان ١٣٨و١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة ، بما يفيد اعتبارها صحيحة ، إنما هو الدفع الخاص ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقود ، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفوع الموضوعية التى يجوز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص٥١٠) .

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٣٣٥ فى الهامش) .

فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة » .

٣٣٠ — لا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته :

العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الآخر ، هو الذى يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، فناقص الأهلية وحده هو الذى يتمسك بالبطلان (١) . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب إرادته العيب هو الذى يتمسك بإبطال العقد . وفى بيع ملك الغير المشترى وحده هو الذى يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم ، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه فى طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

٣٣١ — متى يجوز التمسك بالبطلان :

ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى أو دفعا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذى بيناه فى العقد الباطل

---

(١) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لما جاز ذلك .

المطلب الثانى

كيف يتقرر البطلان

§ ١ — العقد الباطل

٢٣٢ — لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان : لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم فى كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة فى تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويصدر فى تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف فى المبيع ، فهو لا يزال فى ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشترى فى هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع .

فالذى يتمسك بالبطلان فى العقد الباطل يفعل ذلك فى أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

٢٣٣ — ولكن قد تقضى الضرورة العملية بالحصول على حكم : وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان . ويعرض هذا فى بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع فى بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشترى ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان فى مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضى كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، فى مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة فى التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

والحكم الذى يصدر فى دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر

على الكشف عن بطلانه .

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٢٣٤ — لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالقضاء : أما العقد القابل للإبطال فله وجود قانونى إلى أن يتقرر بطلانه . ومن ثم لا بد فى تقرير البطلان من التراضى أو التقاضى . أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية فى كل منهما . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد ، أى ينشىء البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما فى العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً ، فالقاضى لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليس له حق التقدير الذى سنراه له فى حالة الفسخ (١) .

٢٣٥ — فهو يتقرر بإرادة منفردة : ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك كل من القانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى(٢) . وقد كان المشروع النهائى للقانون الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد فى حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ويكفى لإبطال

---

(١) استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ .

(٢) تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألمانى بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتقضى المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسرى بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجيز إذا كان الطرف الذى لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن الطرف الآخر تصميمه على إبطاله ، أو دون أن يسترد ما دفعه ، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر فى ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للمؤلف ص ٦٤٨ هامش رقم ٢ وهامش رقم ٣) .

العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان» . وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية» (١).

المطلب الثالث

أثر تقرير البطلان

٢٣٦ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد على ما يأتى :

(١) كان هناك نصان فى المشروع التمهيدى هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من القانون الجديد ، وكانا يجريان على الوجه الآتى : « م ١٩٦ — ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبى لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة . وهذا البطلان تلحقه الإجازة ويزول بالتقادم . م ١٩٧ — ١ : يكفى فى تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً — ٢ : وإذا كان العقد باطلا بطلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلا من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان — ٣ : على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وفى لجنة المراجعة أدمج النصان فى مادة واحدة ، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وارد فى مكان آخر ، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة ، وبعد تحوير فى اللفظ يجعل النص أقرب إلى التطبيق العملى من التقرير الفقهى ، فأصبح النص فى المشروع النهائى (م ١٤٢) يجرى على الوجه الآتى : « ١ — إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق . ٢ — ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان » . ووافق مجلس النواب على هذا النص — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانقسمت اللجنة فى ذلك ، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ — ص ٢٤٠) .

« ١ — في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل» .

« ٢ — ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » (١) .

ويتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال ، إذا تقرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستحيلا استبدلا به تعويضاً يعادله . ٢ — ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ٣ — لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للآداب أن يسترد مادفعه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان . فأصبح النص مطابقاً للوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٩) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتمسك به . وتتبع القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره ، واعتبر العقد باطلا من وقت نشوئه ، دون أن يخل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي (وقد اتبع المشروع التمهيدي نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا) . ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاهما حالة ناقص الأهلية ، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . والثانية حالة وفاء أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للآداب ، فلا يجوز لمثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب . وعلى هذا النحو أبان المشروع وجه الحكم في مسألة أثير بشأنها خلاف شديد (أنظر المادتين ١٣٠٥و١٣٠٦ من التقنين الإسباني ، والمادة ٦٩٢ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادتين ٧٧/٧٢ من التقنينين التونسي والمراكشي ، والمادة ٨١٧ من التقنين الألماني ، والمادة ٦٦ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٣٢ من التقنين البولوني ، والمادة ٩٧١ من التقنين البرازيلي ، والمادة ١٨٠ من التقنين الصيني ، والمادة ١٤٧ من التقنين السوفييتي) .

١٤ — فيما بين المتعاقدين

٣٣٧ — زوال كل أثر للعقد : إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له (١) ،وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية .

فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه ، ردالمشترى المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشترى - ويرد المشترى المبيع بثمراته من وقت المطالبةالقضائية إذا كان حسن النية ، وفى مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذى يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقدلما أعطاه إنمـــا يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلا بأن هلك المبيع مثلا فى يد المشترى وبخطأ منه (٢) ، حكم القاضى بتعويض معادل ، فألزم المشترى برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان العقد زمنيا كالإيجار وتقرر بطلانه ، فالمنفعة التى استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها - وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولـكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز .

---

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية تترتب على العقد الباطل .

(٢) أما إذا هلك المبيع فى يد المشترى بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشترى طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب فى هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهى تقضى — كما سنرى عند الـكلام فى دفع غير المستحق — بأن المشترى إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع فى جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشترى سيء النية ، أى يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، ألزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٣ هامش رقم ١) .

بقى أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية .

٣٣٨ — حالة عدم المشروعية: (*) اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص فى هذا الصدد . فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب» . فحذفت هذه الفقرة فى المشروع النهائى « لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان » . ذلك أن منطق البطلان تقضى فى العقد الباطل ، أيا كان سبب البطلان ، بإعادة كل شىء إلى أصله ، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية فى العقد الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالا ليرد له ماسرقه منه ، فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما فى الرشوة والاتصال الجنسى غير المشروع والمقامرة وما يلى ذلك ، فمن أعطى المال لا يستطيع أن يسترده ، لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه ، فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudenem allegans). وقد احترم الفقه الفرنسى هذه القاعدة بادىء الأمر (١) .

(*) أنظر فى هذا الموضوع فاجنر (Wagner) فى بطلان السبب غير المشروع رسالة من اريس سنة ١٩٠٠ — أربيس (Arbus) فى السبب غير المشروع رسالة من مونبليه سنة ١٩٠٣ — سافاتيه (Savatier) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ ص ٢٣٩ وما بعدها — كابيتان فى السبب فقرة ١١٤ — فقرة ١١٩ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ — فقرة ٨٨٠ — والتون ١ ص ٣٤٧ — ص ٣٥٤ — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مقال له فى مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٣٦٠ — ص ٣٦٣ .

(١) توليه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ — ١ اوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤٦ مكرر ص ٣٢٢ هامش رقم ٨ — لاروميير م ١١٣٣ فقرة ١٠ .

ثم تحول عنها لأن المشرع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه (١) . أما القضاء الفرنسي فقد كان يحترمها كذلك ، ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها ، وأصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للآداب (٢).

ولا يزال القضاء المصري يحترم القاعدة (٣) ، ولم يخرج عليها إلا في أحكام قليلة (٤) .

(١) ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٣ — لوران ١٦ فقرة ١٦٤ — هيك ٨ فقرة ٢٩٢ — بفنوار ص ٦٥٤ — بودري وبارد ١ فقرة ٣١٦ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٨١٠ .

(٢) أنظر تحليلا تفصيلياً في القضاء الفرنسي في كابيتان في السبب فقرة ١١٥ — فقرة ١١٨ . ويستخلص كابيتان من استعراض القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية في جميع العقود غير المشروعة ، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام . ويذهب في ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يليق أن تنظر فيها المحاكم ، بل الجدير أن تغسل يدها من مثل هذه القضايا الملوثة ، فلا تحكم فيها بقبول أو برفض : أنظر بنوع خاص في هذا المعنى محكمة بورج الاستئنافية في ١٣ يونية سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستئنافية في ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ — وأنظر محكمة النقض الفرنسية في ٤ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ في الاتصال الجنسي غير المشروع — وفي ١٥ مارس سنة ١٩١١ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ في الرشوة — وانظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ ص ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١١٥ — وانظر في القضاء المصري تفصيلا نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٥ هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٧٧ — ٥٢٨٣ — بطوروس ٢ ص ٤٣٥ — ص ٤٣٦ . هذا وقد ذهبت بعض الأحكام في مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها ، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانوني ليس له أن يطلب استرداد ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطني في ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ رقم ٢٢٩ — استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٢ — وفي ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨) . ذلك أن المدين الذي دفع الفوائد الربوية غير ملوث ، والملوث هو الدائن الذي اضطر المدين إلى ذلك (أنظر في جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط في ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد) .

(٤) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٥ — ٣/٨٥ ص ٢٢٤ — وقضت محكمة العطارين الجزئية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة ١٢ رقم ٣٠٧ ص ٦٠٣) بأنه وإن اختلفت الآراء في جواز استرداد ما دفع تنفيذاً لتعهد قائم على سبب مخالف للآداب أو النظام العام ، إلا أنه مما لاشك فيه أن نتيجة الرأي القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدي حتما إلى إقرار حالة يأباها القانون ، لأن حرمان أحد العاقدين من استرداد =

وقد أخذت التقنينات الحديثة بالقاعدة الرومانية ، من ذلك التقنين الألمانى (م ٨١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٧ فقرة ٢) (١) .

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معيبة من الوجهتين المنطقية والعملية ، فمنطق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل . وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكليته ، فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشىء حق استرداده ، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم ، بل كان عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (condictio ob turpem causam) ، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصبح جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث ، ولم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملزم له . والوجه العملى للمسألة ، كوجهها المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال . فما دام الغرض محاربة العقود غير المشروعة ، فلن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر — كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر — أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا

= ما دفعه عقاباً له على ما فرط منه معناه تمكين العاقد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليسه أو خروجه على الآداب العامة ، ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا يترتب على العقد ذى السبب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، ويكفى المسترد عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إذاعة محتويات العقد وما كان يدبره فى الخفاء مخالفاً للقانون والآداب .

(١) وأخذت بها بعض التقنينات الأقدم عهداً : القانون النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الإسبانى (م ١٣٠٥ — ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٩١ — ٦٩٢ — ويقضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للخزينة تصرفه فى أغراض خيرية) .

غائلة القانون !!

لذلك أحسن القانون الجديد صنعاً فى إغفاله النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه ، وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا ، لأنه نص لا يتمشى مع منطق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر ، فإن القواعد العامة تكفى فى معالجتها ، كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالا غير مشروع فى مقابل مال أعطاه إياها ، وهو يريد الآن استرداد هذا المال . فى مثل هذه الحالة لا نتردد فى إنكار الاسترداد عليه ، وتستبقى المرأة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً ، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع (١).

٣٣٩ — حالة نقص الأهلية : وإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التى قدمناها . أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل فى ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الجديد فى دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به» . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى حالة الوفاء لناقص الأهلية فى دعوى غير المستحق .

§ ٢ — بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ — تأثر الغير بالبطلان : ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير . فإذا رتب المشترى على العين التى

---

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التى يجب اتباعها فى صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعى ، شأن سائر القوانين المفسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التى أبرم منها فى ظل القانون القديم . أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذى أتى به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد ، ويسرى على العقود التى أبرمت فى ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أتى مخالفاً لما جرت عليه الكثرة من الأحكام .

اشتراها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلا ، ثم تقرر بطلان البيع ، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشترى . كذلك لو باع المشترى العين من آخر ، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشترى الثاني .

٣٤١ — وجوب تسجيل دعوى البطلان : على أن البائع في المثل المتقدم ، حتى يستوثق من الوصول إلى هـذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يؤشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى» . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سيء النية أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سيء النية ، ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر — وليس هنا مجال التفصيل فى ذلك — فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص فى المادة ١٠٣٤ على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن» .

الفصل الثاني

آثار العقد

٣٤٢ — نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع : إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة ، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به .

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولا) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع .

ونبحث كلا من هذين الأمرين .

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ — المتعاقدان والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين . ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فنحن نبحث : (أولا) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ — الخلف العام والخلف الخاص : إذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين ، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة «المتعاقدين» .

فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب ، بل المقصود هما ومن يمثلانه في التعاقد . فالمتعاقدان إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام ، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص (١) .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها . والخلف الخاص (ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، كالمشترى يخلف البائع في المبيع ، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصى ، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع .

والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فينصرف إليه أثره على التفصيل الذى نذكره فيما يلي .

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على ما يأتي :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من

---

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سنبينه في الجزء الثاني عند الكلام فيما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ٢٠٧ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتي : « يحتج بالعقد على دائني المتعاقدين إلا إذا انطوى على غش أو كان عقداً صورياً » . فحذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه مذكورة بالتفصيل في نصوص تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٤ في الهامش) وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتي الكلام في الدعاوى الثلاث المعروفة : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩) .

وانصراف أثر العقد إلى الدائن لا يعني أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مدينه في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .

نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » (١) .

٣٤٦ — انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : ويتبين من النص المتقدم أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية — وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث — مبدأ خاصاً يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام في التركة ، دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى ينقضي . ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عنى القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥—٩١٤) تنظم سداد ديون التركة ، وتكفل حقوق دائنيها ، وتحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث .

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه (٢) ، وفي الصورية يسري في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً) ، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظي تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة . ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين ، صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما هي الحال في حق الانتفاع . وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يترتب العقد من حقوق والتزامات . أما الحقوق فيكون انتقالها كاملا . بيد أن حكم الالتزامات يقتضي تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

(٢) وسنرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ .

٣٤٧ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً :
على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها فى المادة ١٤٥ ، وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً ، وهى ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أرادا أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد ، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده ، صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب . فيجوز مثلا أن يتفق المتعاقدان فى بيع على أن يمنح المشترى أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، فإذا مات المشترى وجب على الورثة دفع الثمن فى الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق فى استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشىء من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته ، لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طول الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقضى بانتهائه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولوحظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به ، ينقضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو فى التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص فى القانون يقضى بألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك فى مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما قضت به المادة ٥٢٨ من أن

---

(١) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشترى أن ما يتبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا فى حدود الوصية .

الشركة تنقضي بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضي بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضي بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضي بموت الموكل أو الوكيل .

٣٤٨ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير : وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون يعطي للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به . ولذلك يعتبر الوارث فى هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات . فالقانون يبيح للمورث التصرف فى جميع أمواله حال حياته ، معاوضة أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة ، وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف فى ماله لما بعد الموت بطريق الوصية ، وهو تصرف لا يكلفه شيئاً فى حياته ، فيتحكم بذلك فى حظوظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام ، فإن القانون — والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هى التى تطبق فى مصر غالباً فى هذه المسألة — يتقدم لحماية الوارث ، ويقيد من تصرفات المورث ، فلا يبيح له أن يتصرف فى ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف صدر فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد) (١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا وهو فى مرض موته لوارث أو لغير وارث ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى فى حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ . فلو أن تاريخ العقد العرفى يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن

---

(١) وهذا بخلاف الدائن فإن القانون يحميه أكثر مما يحمى الوارث ، فلا يبيح للمدين أن يتصرف فى ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالدائن . وفرق ما بينهما أن الوارث يتلقى المال من غير عوض ، أما الدائن فيتلقاه بعوض .

العقد قد صدر فى مرض الموت . وقد نص القانون الجديد على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول : «وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً» (١).

المطلب الثانى

الخلف الخاص (*)

٣٤٩ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٦ من القانون الجديد على ما يأتى :

«إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث فى صدد حجية التصرف الذى صدر منه لأحد الورثة إلا فى حالة خلو هذا التصرف من كل طعن ، فإذا كان التصرف يمس حق وارث فى التركة عن طريق الغش والتدليس والتحيل على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلا للمورث بل يعتبر من الأغيار ، ويباح له الطعن فى التصرف و إثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠).

ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر فى مرض الموت، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم فى ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ العرفى للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر فى مرض الموت أصبحوا من الغير، ولا يكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف — وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف فى مرض الموت إما أن يكون بمحرر ذى تاريخ ثابت أو غير ثابت ، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذى اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار ، ولا عبرة فى هذه الحالة بالتاريخ العرفى الذى يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٢٨ مدنى (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق فى أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صورى وأن التصرف وقع فى مرض الموت . وظاهر أن هذا ترخيص يمنح للوارث المذكور فى هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبى عن التصرف بحيث إذا لم يقم بإثباته كان التاريخ العرفى المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٣١ رقم ١٣٣ ص ٣٥٧ — أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٧٨ ص ٧٤٠ — استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) .

(*) أنظر فى هذا الموضوع مقالا للأستاذ ليبارنيير (Lepargneur) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ — ص ٥٨٣ — ومقالا آخر للأستاذ حامد فهمى (باشا) فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص فى مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع ص ٤٤ — ص ٦٥ .

خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه» (١) .

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد ، فإنه — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا «تأصيلا لتطبيقات القضائين المصرى والفرنسى فى هذا الشأن» .

٣٥٠ — وضع المسألة بالنسبة إلى الخلف الخاص : انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف فى الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . ويحسن بادىء الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص . فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شىء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشىء . والشىء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشىء المبيع ، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به ، وهذا استخلاف فى حق شخصى . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشىء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشىء . أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استبقائه فى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٥٠ — ووافق عليه مجلس النواب — وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات» عبارة «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية» لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها العقد . وحذف من الشق الأخير من النص عبارة «أو يستطيع أن يعلم به» حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدقة الوضع . وأصبح رقم المادة ١٤٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٨) .

فلا يكون خلفاً خاصاً له ، بل يكون دائناً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له (١) . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي . إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقياً الملكية من المشتري كما في المقايلة ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلا إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية (٢).

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه ، كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها ، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري ؟ بديهي أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشتري فإن أثره لا ينصرف إلى المشتري إذ يعتبر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشتري ، فهنا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى المبيع والعقد في شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولا) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه . أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين ،

---

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليصية ، كما إذا باع المؤجر العين متواطئاً مع المشتري حتى يتخلص من حق المستأجر بغرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ .

(٢) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادي ، كعقد أو وصية ، فمن يكسب عينا بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دي هلتس ١ في الخلف فقرة ٢٢ — الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠١ — قارن لابورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها) . والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأي سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادي ، فهو وحده الذي يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهي الفكرة التي يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى .

فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقدهالبائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل فى الضمان العام للمقرض ، وليس للمقرض فى هذه الحالة إلا الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذى انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١).

ونأتى بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التى نحن بصددها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه. فهل ينتقل للمشترى حق البائع فى التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشترى أن يكون البناء على نحو معين ، ثم باع المشترى الأرض لمشتر ثان : فهل ينتقل إلى المشترى الثانى التزام المشترى الأول بالبناء على نحو معين ؟

٣٥١ — متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : وقد وضع القانون الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التى تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء « إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه» . وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلا لما جرى عليه القضاء فى مصر وفى فرنسا قبل صدور القانون الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له . كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شيء معين ، كالمشترى والموهوب له والمنتفع ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف لملكية الشيء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا يتعدى أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف، ولا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا كان الحكم قد صدر بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٢١ ص١٤٢٨) .

المكملة للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من توابع هذا الشيء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضاً معه ، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك . ومن ثم كانت الحقوق المكملة للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستلزمات هذا الشيء ، تنتقل معه إلى الخلف الخاص . وننظر الآن في تطبيقات عملية لهذين المعيارين الفرعيين .

٣٥٢ — الحقوق المكملة للشيء : الحق ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون مكملا للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

(١) الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين ، فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق (١) .

(٢) الحق الذي يكون تأميناً للشيء ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً ، لأن التأمين يعد مكملا للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول الدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك (٢) .

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء ، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملا لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل

---

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، خلافاً لما ورد في الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠٤ — فقرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهي من شأنها تأكيد الحق ، فالمحال له بالثمن ينتقل إليه حق البائع في الفسخ إذا لم يستوف الثمن من المشتري ، بخلاف دعاوى البطلان فهي لا تنتقل إذ هي تتنافى مع الحق لا تؤكده . كذلك ينتقل الحق في الحصول على سند تنفيذي بالدين المحال به (محكمة استئناف أسيوط في ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨) .

مع المنزل المشترى(١). وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين(٢). ومثل حق البائع فى التأمين حقه قبل البائع له فى ضمان الشىء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، فالبائع لشىء ينقل مع هذا الشىء إلى المشترى حقه فى الضمان (٣) . ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر فى عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو فى تقييد موظف قديم فى حريته فى العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره فهى مكملة للمتجر وتنتقل معه إلى المشترى .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملا للشىء فإنه لا ينتقل إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشىء الذى انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكانا تأوى إليه السيارة (جراج) : فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشترى .

(٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم

---

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسى أولا ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتعلق بتفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يقضى بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقيود معينة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش رقم ٤) . أما القضاء المصرى فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشىء عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشىء المؤمن عليه إلى الخلف (محكمة مصر الوطنية مستعجل فى ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ — استئناف مختلط فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥) . ولكن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول : «... أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشىء ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلا ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن فى الالتزام بعدم البناء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى قانوناً خاصاً صدر فى سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ .

(٣) وللمشترى أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأى ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان ، فإن هذا لا يمنع المشترى من الرجوع بالضمان على البائع للبائع .

عليها مستشفى متنقلا ، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محددة لهذا المستشفى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التى بيعت . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبنى المشترى على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشترى أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشترى لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

٣٥٣ — الالتزامات المحددة للشيء . والالتزام ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون محدداً للشيء (١) . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

(١) الارتفاقات العينية التى ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين ، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالتزام المؤجر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشترى إلا بنص فى القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف (٢) .

---

(١) ويقال عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان القانون المدنى القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضى بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، ومن ثم كانت هناك مشقة فى تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف ، فلجأ الفقه إلى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لمصلحة الدائن (نظرية العقد للمؤلف ص ٧٤١ هامش رقم ١ — قارن الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٢٠٧ وما بعدها) ، أما فى القانون الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصوير بعد أن اعترف هذا القانون بحوالة الدين ونظمها فى نصوصه . بل إن نص المادة ١٤٦ من القانون الجديد أصبح الآن يكفى وحده سنداً لانصراف أثر العقد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تحت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشترى للمتجر ، فلا يجبر المشترى على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك ، ويبقى البائع وحده مسئولا نحوهم ، كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشترى — هذا ويلاحظ أن المتجر فى ذاته مجموع من المال ، فلو اعتبرنا أن المشترى يخلف البائع فى هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً ، لانتقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشترى ، وقد يدخل فى ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين إذا اعتبرناها داخلة فى هذا المجموع من المال . ولكنا نعتبر مشترى المتجر خلفاً خاصاً لبائعه ، لأن المتجر وإن كان فى ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع فى هذا المجموع .

(٢) الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حدمعين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات عينية ، تنتقل إلى المشترى بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاقات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(٣) التزام السلف الذى يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك : كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة (١) .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشىء الذى انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشىء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . فالتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشترى الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه . والتزام بائع السيارة نحو صاحب «الجراج» لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق (٢) . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشىء الذى

---

(١) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة ، ثم باع الحق الذى اشتراه إلى مشتر ثان ، فإن الالتزام الذى ترتب فى ذمته لا ينتقل إلى المشترى الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٧).

ويقع أن تبيع الحكومة أرضاً ، وتشترط على المشترى أنها « إذا نزعت ملكيتها للمصلحة العامة فى خلال مدة معينة فلا تلتزم إلا برد الثمن فقط» فإذا باع المشترى الأرض لمشتر ثان التزم المشترى الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشترى الأول .

(٢) ويمكن القول بوجه عام إنه إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

انتقل إلى الخلف من الضرر ، سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته (١) .

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ملوُهب لبائعه ، على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته ، قضاء شيء من ذلك .

٣٥٤ — وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه : وغنى عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص فى انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه .

ويشترط العلم اليقينى لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من المشروع التمهيدى والمشروع النهائى للقانون الجديد يكتفى باستطاعة العلم ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على مايعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به (٢) .

ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

المبحث الثانى

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥ — الخلف قد يكون من الغير : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد ، إلا فى أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

---

(١) استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ — ولا ينتقل إلى المشترى الالتزام الذى نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع العين للمشترى .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية التى سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨) .

فالخلف العام يكون من الغير ، كما رأينا ، إذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض الموت ، فلا يسرى التصرف فى حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والخلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر العقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الالتزام الناشيء من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له .

ونتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هى ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر العقد ، إلا أن الخلف ، عاما كان أو خاصا ، يصبح فى أحوال معينةمن الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية .

٣٥٦ — الغير الأجنبى أصلا عن العقد : أما الغير ، الذى لم يكن طرفاً فى العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبى أصلا عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصلح الذى يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة . وبيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفاً فى العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر فى عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون . من هذاما تقضى بهالمادة٥٩٦من أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر . فللمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هى دعوى المستأجر الأصلى فى عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً فى هذا العقد . وكذلك يكون للمقاولين

من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢) . وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨) . وسنعرض تفصيلا للدعوى المباشرة عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفا فيه . كالتصرف الذى يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى فى حق الوارث الحقيقى مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه ؛ وكالإيجار الذى يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى فى حق المالك الحقيقى فى بعض الأحوال .

ولكن الأثر الذى انصرف إلى الغير فى الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها .

أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراده المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد ، إذ تقول : «لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠١ — ص ٣٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأصل فى العقود أن تنحصر آثارها على عاقديها . فلا يترتب ما تنشىء من التزامات إلا فى ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذى يرد على القاعدة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٢) .

ويقابل هذا النص فى القانون الجديد النصوص الآتية فى القانون القديم :

« م ١٤١ / ٢٠٢ : لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ... »

« م ١٤٢ / ٢٠٣ : لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها ... »

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب فى ذمته التزاماً. والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ، ويكسبه حقاً .

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير. (٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير(*)

(Promesse de porte—fort)

٣٥٧ — النصوص القانونية :نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد على ما يأتى :

«١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به » .

«٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد» (١) .

(*) بعض المراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بلوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتيه (Savatier)فى (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ وص ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٦٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣١١ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به ، إذا كان ذلك فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن — ٢ — أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن ينسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذى صدر فيه الوعد» . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية جعل النص وأصبح رقمه =

ولا مقابل لهذا النص فى القانون القديم. إلا أن النص لا يستحدث حكماً جديداً ، فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد .

٣٥٨ — الصور العملية للتعهد عن الغير : والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع فى الحياة العملية . ويراد به فى الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذى الشأن لسبب ، فيلتزم عنه غيره . مثل ذلك شركاء فى الشيوع يتصرفون فى الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة الحسبية، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويبغون توقى الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية . فى مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة . كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن فى ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل .

٣٥٩ — مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه : ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

(أولا) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذى يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولى ، فالوكيل يعمل باسم الأصيل ، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه . والفضولى يعمل باسم رب العمل ولمصلحته . فيلزمه بعمله . أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه ، وينصرف إليه هو أثر العقد .

= ١٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة « تعهد » ومشتقاتها بكلمة « وعد » ومشتقاتها ، لأن التعهد يؤدى معنى الالتزام وهذا ما لا يفيده الوعد ، وحذفت عبارة « إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن » من الفقرة الأولى ، وأدخلت تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته .(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٩) .

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير. ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده : فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتى لا من تعاقد المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سنرى . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذى أبرمه المشترط ، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة (١) .

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذى أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذى تعهد عنه على قبول هذا التعهد. فالمتعهد إذن يلتزم دائماً بعمل شىء (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التعهد . فإنه يلتزم بهذا التعهد . وقد يكون محله عمل شىء كأن يقوم ببناء منزل . أو الامتناع عن شىء كأن يمتنع عن منافسة متجر . أو نقل حق عينى كما إذا تعاقد الشركاء فى الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشىء الشائع . والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (obligation de résultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفى أن يبذل المتعهد ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد . بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد . ولكن إذا قبل الغير التعهد . وقف التزام المتعهد عند هذا . فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل . فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التعهد عن الغير) . فالأول يخول الغير حقاً مباشراً ، على نقيض الثانى فهو لا يلزم الغير بذاته . فالواعد يلتزم شخصياً ، ويكون من واجبه أن يعوض من تعاقد معه عيناً أو نقداً إذا رفض الغير أن يتعاقد . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٠) .

ولا يكفل إيجاده . أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه (١) .

٣٦٠ — للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه : والغير حر فى قبول التعهد أو رفضه . ذلك أن التعهد لم يلزمه بشىء كما قدمنا . فهو أجنبى عن العقد أصلا (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثره . وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر .

ويبقى أن نستعرض الحالتين : (١) قبول الغير للتعهد. (٢) ورفضه أياه .

§ ١ — قبول الغير للتعهد

٣٦١ — كيف يكون القبول: يكون القبول صريحاً أو ضمنياً . ومثل القبول الضمنى أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانونى ، فتشترط فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا اذا اشترط القانون ذلك ، كما فى الرهن الرسمى والهبة .

٣٦٢ — أثر القبول : يعتبر التعهد — وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه — بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولا بين المتعهد والمتعاقد معه .

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد ، ومن حيث الالتزامات

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، ونصب نفسه زعيماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير . وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شىء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس يكفى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما فى وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره . وهذا ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسرى (م ١١١) بأن المتعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير فحسب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن الغير فى القانون السويسرى يتضمن الكفالة .

التي تنشأ ، ومن حيث الوقت الذى يتم فيه كل منهما .

أما من حيث أطراف التعاقد . فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه. والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهنالك طرف مشترك فى العقدين ، المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف . وهو المتعهد فى العقد الأول والغير فى العقد الثانى .

وأما من حيث الالتزامات . فالعقد الأول ينشىء التزاماً بعمل شىء فى ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد . والعقد الثانى ينشىء التزاما فى جانب الغير قد يكون محله نقل حق عينى أو عملا أو امتناعاً عن عمل . وقد مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد : فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثانى لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعى ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد . كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء فى الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم . وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعى . يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعى . فإن هذا الأثر ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعى . فإذا تعهد (ا) أن (ب) يبيع منقولا يملكه إلى (ج). ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد الصادر من (ا). فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إلى (د) . والمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعى أضر هذا بالمشترى (د) إذ يتأخر عن المشترى (ج) . لذلك لا يكون للقبول أثر رجعى بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (ج) . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فالتفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل (١) .

---

(١) وقد كان الفقه فى القانون القديم يميل إلى أن يجعل للقبول أثراً رجعياً (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٠ — ص ٨٧١ وبنوع خاص الهامشين ١ و٢ فى ص ٨٧١) — هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويعطل الواعد =

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب فى ذمته التزاماً على النحو الذى بيناه ، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثانى الذى كان هو طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قدمنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذى كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثانى الذى كان طرفاً فيه . والتزام الغير بالعقد الثانى يقضى التزام المتعهد بالعقد الأول ، إذ أن المتعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

§ ٢ — رفض الغير للتعهد

٣٦٣ — عدم مسئولية الغير : قدمنا أن الغير حر فى قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب فى جانبه أى التزام (١) .

٣٦٤ — مسئولية المتعهد : ولكن المتعهد يبقى مسئولا عن العقد الذى تم بينه وبين المتعاقد معه (٢) . وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً (٣) . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسئولا . وجزاء هذه المسئولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

= من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد . والواقع أن التزام الواعد ينقضى فى هذه الصورة من طريق الوفاء . ويترتب على الإقرار أن يصبح الغير مديناً مباشرة للعاقد الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بمساهمة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ — ص ٣٠٧) .

(١) استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٣) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) أن يكون الغير قد أصبح فى حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلا بشخصه لا تستطيع ورثته أن تقوم به .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله . ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلا بشخص الغير . فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلى . إذ التزامه الأصلى هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يبرىء ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (م ٢٧٨) (١) .

المطلب الثانى

الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

٣٦٥ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد ، فلا تترتب على امتناعه هذا أية مسئولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض العاقد الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالشأن . ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عينى أو بعمل شىء أو بالامتناع عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد كان الفقه المصرى فى القانون القديم متردداً فى أن يجيز للغير أن يعدل عن التعويض إلى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٣ هامش رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف ، وقضى بجواز ذلك .

(*) بعض المراجع : رسالة الأستاذ لامبير باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة الأستاذ شامبو (Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة لبرى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٥٨ — رسالة الدكتور حامد الهيتمى فى الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٢٥ — مقال للأستاذ لابيه (Labbé) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ — مقال للأستاذ بنشون (Pinchon) فى المجلة الانتقادية (Revue critique) فى المجلد التاسع والعشرين ص٦١٢ — مقال للأستاذ بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥ .

الغير ، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية : مادية كانت أو أدبية» .

«٢ — ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد» .

« ٣ — ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع . إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك[1]» .

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن فى ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

« ٢ — ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة[2]» .

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتى :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه لا يختلف عما هو إلا فى بعض تعبيرات لفظية . وقد أقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بعد لفظ « المتعهد » فى الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التى قامت حول كلمة « المتعهد » وجواز انصرافها إلى كل من العاقدين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٩ — ص ٣١٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى تفسير عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » إن نقض الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشترط والمنتفع تقوم مثلا على هبة من الأول للثانى ، وتكون هبة لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٣ — ص ٣١٥) .

« يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة (١) ».

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد فى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٩٨/١٣٧ ويجرى بما يأتى :

« من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها (٢) ».

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب وغموض ، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح ، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً فى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، ولم يفعل إلا أن قنن فى نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه فى ظل القانون القديم(٣) . .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد ما دام تعيينه مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره » . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « ما دام » ، تحت رقم المادة ١٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو جهة مستقبلة » بعد عبارة « شخصا مستقبلا » لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة تنشأ فيما بعد ، وعدل النص تعديلا لفظياً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٥ — ص٣١٩).

(٢) أنظر فى انتقاد الغموض والاضطراب فى هذا النص ، وفى الحيرة بين أن يكون نصاً فى الفضالة أو فى التعهد عن الغير أو فى الاشتراط لمصلحة الغير نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٨ .

(٣) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول فى هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لايعمل به إلا فى حالات بخصوصها . ولهذه العلة استبدل المشروع بالمادة الغامضة الوحيدة التى تضمنها التقنين الحالى نصوصاً جلية مفصلة حددت فى وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجبت أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، فى تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير . وأباحت له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر ، بل وأباحت له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشارطة مادام الغير لم يعلن رغبته فى الاستفادة منها . ويتلقى المنتفع بمقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته » وفى هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية فى فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . ويجوز للمنتفع أو المشترط أن يطالب بقضاء هذا الحق ، لأن لكل منهما مصلحة فى ذلك . وأخيراً نص على =

٣٦٦ — وضع المسألة : ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا فى الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا فى التعهد عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشترط والمتعهد ، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثانى ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانونى واحداً فى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : فى كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب فى ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

لو كان الأمر هو ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء ، ولكنا عالجنا الاشتراط مع التعهد فى مكان واحد لوحدة الأساس القانونى . ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير غيره فى التعهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير ، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد ، تم بين المشترط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف ثار المشرع المصرى ، فى القانونين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشىء العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى فى هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقه تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاما قرره القانون المصرى الجديد فى صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه فى النصوص التى نقلناها عن هذا القانون .

فنحن نبحث : (أولا) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية . (ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

= جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد ، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٦٩) .

§ ١ — كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية

٣٦٧ — **القانون الرومانى**: بدأ القانون الرومانى فى عهوده الأولى أميناً على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير. ووصل فى ذلك إلى حد أن منع النيابة فى التعاقد. فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصى، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير. ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت فى القانون الرومانى. ويعنينا هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

فإن القيود التى ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية. فالمدين الذى يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشترى دفع الثمن لدائنه سداداً للدين، لا شك فى أن له فى هذا الاشتراط مصلحة مادية. والابن الذى يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً، لا شك فى أن له فى هذا الاشتراط مصلحة أدبية. وكلتا المصلحتين، المادية والأدبية، جديرة برعاية القانون. فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشترط لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً فى العقد، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع. ثم انقلب الشرط الجزائى الصريح إلى شرط جزائى مفروض، فأعطى المشترط دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائى. ويكفى لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية. ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد، يستطيع أن يطالب به المتعهد.

واستمر القانون الرومانى فى تطوره. فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد، ولكن فى صورة دفع (exceptio). ثم أعطاه الحق المباشر فى صورة دعوى (actio)، ولكن فى حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية. وهذه الحالات هى: (١) الهبة إذا اشترط فيها الواهب

على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشتراط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشتراط المتعاقد حقاً للغير فى عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطى مهراً للمنتفع ، وعقدا الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردا العين للمنتفع ، وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشترى رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ — القانون الفرنسى القديم : وورث القانون الفرنسى القديم هذه الاستثناءات عن القانون الرومانى . وأضاف إليها استثناء جديداً : كان الرومان لا يعطون فيه للمنتفع إلا دفعاً فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هى حالة اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ — قانون نابليون : واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية ، إذ قرر فى المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون ، هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد ، واشترط عليه فى مقابل ذلك حقاً لأجنبى عن العقد هو المنتفع . وهذه هى الهبة بشرط (donation sub modo) التى عرفها كل من القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . (٢) إذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولا حقاً لنفسه ، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهده لا فى القانون الرومانى ولا فى القانون الفرنسى القديم . فإن هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسى فقد وسع من جهة ، وضيق من جهة أخرى . وسع فى أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيق فى أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط لغيره حقاً إلا إذا كان مقروناً باشتراطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ — القضاء والفقه : على أن تطور القاعدة بقى مستمراً يواجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التى كان لها أكبر الأثر

فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء فى فرنسا كلمة (stipulation) الواردة فى المادة ١١٢١ ، لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق ، بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان المتعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً فى ذمته . فيكفى أن يتعاقد المشترط لنفسه ، ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . والمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشترطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا . فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه ، فيكفى أن يلتزم بشىء عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . فى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفى عقد التأمين الذى يبرمه رب العمل لمصلحة عماله ، نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً ، ولكنه رتب فى ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون للمتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد ، والمشترط قد تعاقد على منفعة تؤدى للغير ، فيجب أن تكون له فى هذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين — وهو أن يكون للمشترط دور شخصى فى التعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً فى ذمته — لم يلبث أن اختفى هو أيضاً (١) . وأصبح يكفى أن يكون للمشترط مصلحة مادية أو أدبية فى الاشتراط لمصلحة المنتفع ، وليس من الضرورى أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا فى التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . فرب العمل الذى يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل فى خدمته . فالمنتفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين ، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره (٢) . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد

---

(١) و (٢) أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠٢ .

ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد فى المستقبل . فالمنتفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين ، ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التى لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد ، وتكتفى بوجوده وقت تنفيذ العقد(١) .

٣٧١ — القانون المصرى القديم والجديد : هذا هو التطور الذى وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه القانون القديم فى عبارات غامضة مضطربة تسبق إيرادها ، وما عبر عنه القانون الجديد فى عبارات صريحة واضحة ، فقال فى المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة فى المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستبق من القيود التى كانت تحيط بالقاعدة فى خلال تطورها إلا الشرط الأخير ، وهو وجود مصلحة شخصية للمشترط ، وأجاز فى المادة ١٥٦ للمشترط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذى رأيناه فى النصوص التى أوردناها . فيكون القانون المدنى الجديد قد سجل فى نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

---

(١) أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠١ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ومع ذلك فلم يكن من الهين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها . فالتقنين الفرنسى ذاته ، وأغلب التقنينات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جيباً مجرد استثناء لايطبق إلا فى حالتين . ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل ، ويبسط نطاقه على سائر الحالات ، إلا فى خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذيوع . وقد بلغ التوسع فى تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً ، وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصاً مستقبلا أو شخصاً لم يعين وقت التعاقد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن فى التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن. وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير فى صورتها التى انتهت إليها فى آخر مرحلة من مراحل تطورها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ — ص ٣١٧) .

٣٧٢ — التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير : والقاعدة ، فى آخر تطور لها على النحو الذى بيناه ، لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتى :

١ — التطبيقات التقليدية : ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشترى ترتيب إيراد أو حق ما للغير. ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشترى أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن(١) ، ويلاحظ فى هذه الحالة أن المشترى وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار (٢) . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى حالة اشترط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشترى ، فكسب المشترى حقاً من هذا العقد الذى لم يكن طرفاً فيه (٣). كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا

---

(١) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ١٨٤ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ — وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين فى أطيان بأن يدفع بعض المستحق عليه من فرق البدل فى نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشيوع ، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح فيه للمتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه ، بل له فقط أن يطالب المتعهد بتنفيذ تعهده (نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن فى عقد البيع وقبل الاشتراط لمصلحته (٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣). ونرى أنه ليس من الضرورى تدخل الدائن فى عقد البيع ذاته، ويكفى أن يصدر منه قبول ولو مستقلا عن البيع ، وبهذا تقضى القواعد المقررة فى قبول المنتفع . ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط ، زال حقه الشخصى قبل المشترى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه إذا قبل المشترى أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع ، فإن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشترى ، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن فى إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التى كان بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشترى لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا ينزع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) .

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ — ويلاحظ أنه كان من المقرر فى القانون القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه فى الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار المشفوع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا الحظر عن طريق تصوير الشفيع متعهداً =

باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين ، فيأخذ على المشترى عهداً أن يبقيهم فى العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفى عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد : كتسليم البضاعة فى حالة جيدة وفى مكان معين (١) .

٢ — عقود التأمين : عقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير . والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إذا مات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفى الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق فى وقف على حياته لمصلحة دائنه . حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه (٢) . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل ، فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر (٣) . ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج

= بالامتناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة فى اشتراط لمصلحة المشترى . أما فى القانون الجديد فيجوز أن ينزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ جديد) .

(١) أنظر فى تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٩٥ .

(٢) قارن استئناف مختلط فى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .

(٣) أما إذا أمن رب العمل على مسئوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، وبوجه عام إذا أمن شخص على مسئوليته عن الحوادث ، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك ، فإن المؤمن له لا يكون مشترطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائناً فى هذه المسئولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يتعرض فى هذه الحالة لمزاحمة دائنى المؤمن له (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠ — وانظر فى رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسئول عن الحريق فى حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدنى الجديد) .

العمال مجاناً ، فى هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب إذا أهمل علاجهم أو رفض ذلك (١). وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير (٢) . وقد يؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن. وعقد التأمين لحساب من يملك الشىء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشىء منزلا يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الغرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض فى حالة تحقق الخطر لأى شخص يكون مالكاً فى ذلك الوقت للشىء المؤمن عليه .

٣ — عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة : إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فإن مانح الاحتكار — الحكومة أو أحد المجالس البلدية — يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور. فيشترط مثلا حداً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه . فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته (٣). وقد أكد هذا المبدأ القانون المدنى الجديد فى النصوص التى أفردها لعقد التزام المرافق العامة ، فنص فى المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و ٦٧١) .

---

(١) والتون ٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٥ — قارن استئناف مختلط فى ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢ .

٤ — **عقود المقاولات** : وكثيراً ما يفرض رب العمل فى عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال ، لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوى عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك فى دفتر الشروط (cahier des charges) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه . وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمدوه من عقد المقاولة التى لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير (١) .

§ ٢ — شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣ — متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشترط (stipulant) ، والمتعهد (promettant) ، والمنتفع (bénéficiaire) . ولكى يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية :

(١) أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع ، دون أن يدخل المنتفع طرفاً فى العقد .

(٢) أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع .

---

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الاكتتابات العامة ، فإذا فتحت جريدة أو مجلة اكتتاباً لعمل خيرى أو عمل عام ، أمكن القول إن للمكتتب تعاقد مع من نظم الاكتتاب مشترطاً لمصلحة الغير (والتون ٢ ص ٥٨ — ص ٥٩) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (المحاماة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال لبعض الورثة أن يهبهم إياها ، بل أراد إما التحايل على نظام صناديق التوفير الذى لا يجيز لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديعته على خمسمائة جنيه ، وإما الوصية بتلك الأموال لمن أودعت باسمه ، قول لا يقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع . ومجرد بقاء الدفاتر تحت يد المورث لا يكفى لإثباته ، بل الراجح الذى يؤيده العرف الجارى بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه فى الحال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلى فقط على تصرف هذا الوارث . على أنه حتى إذا كان المورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية ما دام الإيداع قد حصل باسم الوارث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المنتفع دائماً إلى يوم العقد نفسه ولو كانت المنفعة لا تؤول إليه فعلا إلا بعد وفاة المشترط كما فى حالة التأمين على الحياة .

ويلاحظ أن الحكم فى فرضه الأخير يكيف العقد بأنه وديعة اشترط المودع فيها أن يسلم المودع عنده المال بعد وفاة المودع لشخص بالذات وهبه المودع هذا المال حال حياته .

(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية» .

٣٧٤ — المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع : وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية . فالنائب ، وكيلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيماً أو فضولياً أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع . والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد ، ورضاء النائب يغني عن رضائه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف في العقد ، وقبول المنتفع للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترتب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولي اختلافاً جوهرياً . فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع . وقد كان هناك رأي ، تبين الآن فساده ، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المنتفع ، وقبول المنتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولي فينقلب هذا وكيلا ، وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع . أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين تنبني عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتي :

١ — لما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضي بذلك كما سنرى عند الكلام في الفضالة .

٢ — يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ،

لأنه يتعاقد باسمه. أما الفضولى فهو ، على النقيض من ذلك ، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية فى إدارته لشئون رب العمل .

٣ — الفضولى ، وهو يعمل لحساب رب العمل ، يلتزم بالمضى فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط ، وهو يعمل لحسابه ، لا يلتزم بالمضى فى عمله ، بل هو ، على النقيض من ذلك ، يجوز له الرجوع فى الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع .

٣٧٥ — المشترط يشترط حقا مباشرا للمنتفع : فإذا كان الحق الذى اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه ، ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير ، فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ، لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب ، وإن كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه فى ذلك سائر دائنى المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين ، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه .

ولا يكفى إعطاء حق للمنتفع ، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد . فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولا ، ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر ، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير . ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلا ، ثم حول الثمن إلى دائن له ، كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشترى ، وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . ولو أمن شخص لمصلحة نفسه ، ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث ، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس فى كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما ، ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المنتفع لا يتلقاه عن المشترط عن

طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد ، ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد ، وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذى تم بين المشترط والمتعهد .

ولا يشترط فى المنتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون معيناً فى ذلك الوقت ، بل يجوز ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها ، وكما تقرر المادة ١٥٦ التى أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلا أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة . وهذه هى ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

٣٧٦ – المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير: ذلك أن المشترط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هى الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفى أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضرورى أن يكون له دور شخصى فى العقد. وقد رأينا فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشترط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصى فى هذا الاشتراط ، لا مشترطاً لنفسه ولا متعهداً عنها . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد للابن دون أن تلتزم الأم بشىء قبل الأب . فى هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب فى ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية فى الاشتراط ، وهى مصلحة أدبية ، فهى مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة. ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود فتشترط

عليها فى عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور . وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل ، فيتحقق فى هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصى

§ ٣ – أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ – العلاقات المختلفة فى الاشتراط لمصلحة الغير : قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة فى الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنتفع. وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض . فنتكلم فى مسائل ثلاث :(أولا) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنتفع. (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنتفع .

٣٧٨ – علاقة المشترط بالمتعهد : هذه يحددها العقد الذى تم فيما بينهما . ففى عقد التأمين مثلا يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين فى مواعيدها ، وتلتزم شركة التأمين فى حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه إذا بقى حياً إلى المدة المتفق عليها . ولكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذى تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذى لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه .

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى التزام المتعهد نحو المنتفع كما قدمنا ، فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبنى حق المشترط فى مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع . فللمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم

المتنفع للمطالبة بذلك . وهى دعوى قوامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشترط. بل قد تنصرف نية المشترط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، دون أن يكون للمنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ ، كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها ، دون أفراد الجمهور ، بالحق فى مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المنتفع وحده دون المشترط هو الذى تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه ، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

كذلك للمشترط ، إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المشترط ، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه ، فيرجع هذا به على المشترط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه (١) .

٣٧٩ — علاقة المشترط بالمنتفع : قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع ، وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل ، لأن الهبة هنا غير مباشرة . وسنرى أن للمشترط نقض الاشتراط سواء كان تبرعاً أو معاوضة ، ما دام المنتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمنتفع ، جاز للمشترط ، حتى بعد أن يقر المنتفع هذا الاشتراط ، أن ينقض حق المنتفع طبقاً لقواعد الرجوع فى

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٩٠٨ هامش رقم ١ .

الهبة (١) . ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشترط والمنتفع . إذا كانت لاتخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل، فهى تخضع لها من حيث الموضوع . فيجب توافر أهلية التبرع فى المشترط ، وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد : فإذا صدرت من المشترط وهو فى مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المنتفع سيء النية لأنه موهوب له . ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشترط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع ، بل هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم ، فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له ، بل هو مقدار الأقساط التى دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف ، واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة ، فإن المقدار الذى وهبه المشترط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف (٢) .

أما إذا كان المشترط لم يرد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة تأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشترط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط . وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط له بمقابل قيمتها (نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ ص ٢٩٦) .

(٢) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم ، فهذه هى القيمة التى تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للهبة فى العلاقة ما بين المشترط والمنتفع . فلو طعن دائن المشترط بالدعوى البوليصية فى عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بحقه إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨ — أنظر أيضاً فى حق الورثة فى الرجوع بأقساط التأمين على المنتفع باعتبارها وصية لا تنفذ فى حقهم (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع فى الهبة فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشترط قد نقض حق المنتفع فإنه يسترد الحق فى مبلغ التأمين لا فى الأقساط وحدها .

موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال . فقد يكون المشترط مديناً للمنتفع ، واشترط له وفاء لدينه . وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لصلحته ؛ ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعاوضة إذا كان بفوائد . ومثل القرض الوديعة . فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشترط حافظاً لوديعته وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما . وهكذا .

٣٨٠ — علاقة المتعهد بالمنتفع — حق مباشر مصدره عقد الاشتراط :

وعلاقة المتعهد بالمنتفع هى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المنتفع — ولم يكن طرفاً فى العقد الذى التزم به المتعهد — يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التى كانت تقضى بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد فى هذا الصدد : «ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك» . فالعقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذى ثبت للغير ، وهذا العقد هو الذى أنشأ هذا الحق . وإذا قيل كيف ينشىء العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم ما الذى يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشىء العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس فى المنطق القانونى ما يجعل هذا متعذراً . وإنما هى القاعدة الرومانية العتيقة التى كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ . وقد قضت ، نزولا عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها . وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشىء حقاً للغير . وهذا ما صرح به القانون المدنى الجديد (١) .

---

(١) رأينا المادة ١٥٢ من هذا القانون تصرح بأن العقد لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير « ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

ما كنا لنسهب فى تقرير ذلك مع وضوحه ، لولا أن الفقهاء يعقدون عادة

= والذى نقرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذى أنشأ حق المنتفع هو ما سبق أن قررناه فى كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى عبارات لا تخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « ما الذى يحول فى القواعد العامة دون اجتماع إرادة شخصين على أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لا حائل يحول دون ذلك ، لا من القواعد التى تنتهى إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . (أصول الالتزامات ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥) . ويبدو أن الدكتور حلمى بهجت بدوى لم يتنبه الرأى الذى قلنا به ، فهو عندما عرض النظريات التقليدية فى هذا الموضوع حشرنا بين فقهائها (أنظر أصول الالتزامات فقرة ٢٤٥ ص ٣٠٢ هامش رقم ١) ، ومضى بعد ذلك يقرر ما سبق لنا أن قررناه .

ونحن لم نقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى حظيرة القواعد العامة ، بل نبهنا إلى أن قاعدة التعهد عن الغير هى الأخرى فى حاجة إلى إمعان فى النظر . ولم نر ما يمنع فى المنطق القانونى من أن تقوم قاعدة التعهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، تلزم الغير بعقد التعهد ذاته لا بعقد جديد . وفسرنا قصور قاعدة التعهد عن الغير فى الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد ، كما اقتضت فى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك .

وهذا ما سبق لنا أن قلناه فى هذا الصدد : « ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث، بعد تدرج فى التطور ، أصبح يعترف بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما أن يشترطا حقا للغير . ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشئا التزاما فى ذمة الغير . ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهى التى اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه ، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك » . (نظرية العقد ص ٨٦٣ — ص ٨٦٤) .

ثم قلنا فى الحاشية : « والواقع من الأمر أن القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية ، ورثناها عن القانون الرومانى ، ونحن نستبقيها الآن اسماً لا فعلا ، وإلا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه ... وليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام فى ذمته . وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضرورى فى الحالتين حتى لا يكون دائناً أو مديناً بالرغم من إرادته ، ولكنه إذا قبل يعتبر الحق الذى كسبه أو الالتزام الذى تعلق فى ذمته قد نشأ من نفس العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير فى ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشىء حقاً أما التعهد عن الغير فيولد التزاماً ، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، فلا يصح أن يتعلق فى ذمته التزام من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضرورى فى الحالتين كما قدمنا . ففى الاشتراط لمصلحة الغير لابد من قبول المنتفع كما سنرى . كذلك فى التعهد عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فإذا قبل

بحثاً تقليدياً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشترط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع . أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تفنيدها جميعاً . فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروض (théorie de l'offre)، لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشترط . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire)، لأن هناك فرقاً جوهريا ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية، وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أولا ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession)، لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشترط ولا يعتبر خلفاً له فيه، بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط . سبق أن فندنا كل هذا . ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء (١) أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) . ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفوع الواردة على عقد الاشتراط ، ولكان للمتعهد وحده لا للمشترط حق النقض إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

= صدر هذا القبول فما الذى يمنع ، من حيث المنطق القانونى ، من اعتبار الالتزام الذى نشأ فى ذمة الغير ، وقد قبله التزاما فى ذمته ، متولداً من العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ؟ » (نظرية العقد ص ٨٦٤ هامش رقم ١ و ٢ — أنظر أيضاً ص ٨٧١ هامش رقم ٢) — هذا ولم يرض القانون المدنى الجديد أن يسبق الزمن ، فأبقى قاعدة التعهد عن الغير عند مرحلتها القاصرة ، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير ، وقال فى المادة ١٥٢ : « لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

(١) أنظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦١ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشيء حقاً للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، وليس للحق مصدر غير هذا العقد(١) . ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر ، لم يتلقه المنتفع من المشترط. ولكل من هاتين الخاصتين — حق مباشر ، وحق مصدره عقد الاشتراط — نتائج عملية هامة تترتب عليها .

٣٨١ — عموق المتعهد بالمنتفع (تحز) — ما يترتب من النتائج على أن حق المنتفع حق مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشترط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق بعد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلا بديون التركة . وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة. فإذا تعاقد المؤمن له مشترطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائني المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلا في تركة مدينهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : « يتطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقي على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم. فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد. وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهذا الحق . ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلا عن ذلك يقيل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التي جهد الفقه التقليدي في التماسها وتفصيل جزئياتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦) .

ديون أبيهم ، وهـذه هي أهم مزية للتأمين . وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر (١).

(٢) كذلك لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق حال حياته ، فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشترط حتى يكون داخلا في ضمانهم العام.. وينبني على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان لدائني المشترط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها ، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عمن تصرف له المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن (ا) أعطى (ب) منزلا قيمته ألف ، واشترط عليهأن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (ا) أن يطعن بالدعوى البوليصية فيهذا العقد. في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (ا) إلى (ب) ، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) ، فيشترط التواطؤ بين (ا) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصية ، دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقل إليه من (ا) . وإذا ثبت التواطؤ بين (ا) و(ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن ، وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (ا) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج) .(والتصرف

---

(١) هيك ٨ فقرة ٥١ — بودري وبارد ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والتون ٢ ص ٦١ — ص ٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٦ — الدكتور حلمي بهجت بدوي باك فقرة ٢٤٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٢٨ — نقض فرنسي في ٢٢ يونية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ١ — ٣٩١ — وفي ٢٩ يونية سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦١ — محكمة المنيا الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٠ — محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص ١٤٠ — استئناف مختلط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ — وفي ٢٨ نوفبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ — وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ — وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — قارن استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢ .

الثانى) هو الصادر من (ا) إلى (ج) عن طريق الاشتراط ، فإذا كانت العلاقة بين (ا) و(ج) هى علاقة تبرع ، فإن دائن (ا) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه الهبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة فى حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (ا) و(ج) هى علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما .

(٤) ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشترط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط ، فيصبح دائناً للمتعهد ، فإنه يترتب على ذلك أن دائنى المتعهد ، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم ، يشتركون مع المنتفع شركة غرماء فى استيفاء حقوقهم من مال المتعهد ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى التمسك قبل المنتفع بأى دفع من الدفوع الواردة على عقد الاشتراط ، ولهم أن يطعنوا فى التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز فى القانون الجديد فى عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد)(١) .

أما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد فهى ما يأتى :

(١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (٢)، لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته فى الاستفادة من الاشتراط. ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته فى الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع ، فلا يكون هذا مانعاً للمنتفع من أن يعلن عن رغبته . ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاشتراط ، جاز الطعن فى رفضه بالدعوى البوليصية ، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

(٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع

---

(١) ومما يترتب أيضاً من النتائج على أن المتعهد أصبح مديناً للمنتفع لا للمشترط أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين حق له على المشترط والتزامه نحو المنتفع (استئناف مختلط فى ٩ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ويترتب أيضاً على ذلك أن المتعهد لا يستطيع عند رجوع المنتفع عليه أن يطلب تجريد المشترط (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ .

أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة فى هذا العقد ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ(١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد» (٢).

(٣) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد، فلهذين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمشترط أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشترط وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٣). ويترتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين — المشترط والمتعهد — أن يجعلا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلا للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك. وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة فى الاشتراطْ ، فلا يجوز للمشترط فى هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البدل فى نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع(٤) .

---

(١) أنظر فى الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة فى الوفاء نظرية العقد للمؤلف ص ٩١٦ هامش رقم ١ .

(٢) وإذا كان العقد ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً ، جاز فى نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر «غيراً» فى هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر، فهو قد استمد حقه من هذا العقد، وشرط الغير فى الصورية ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مستمداً من العقد الصورى ذاته . وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ، وسنعود إليها ببيان أوفى عند الكلام فى الصورية.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٨ — وقد ضربنا مثلا لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشترطة عليها شروطاً فى مصلحة الجمهور ، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣ — والتون ٢ ص ٥٧ — ص ٥٨) .

(٤) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧ .

٣٨٢ — علاقة المتعهد بالمنتفع (تتمة) — جواز نقض حق المنتفع : وحق المنتفع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : «يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد» .

والذى يثبت له حق النقض هو المشترط ، إلا إذا نزل عن هذا الحق . وقد يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم ، كما إذا كان حق المنتفع هبة من المشترط لا يجوز فيها الرجوع (١) . وقد يشترط المتعهد أن المشترط لا يستعمل حق النقض إلا بموافقته إذا كانت له مصلحة فى تنفيذ الالتزام للمنتفع ، وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقض بشرط أن يحل محل المنتفع المشترط أو منتفعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته (٢) . وحق النقض حق شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين ، ولا ينتقل إلى الورثة . فإذا مات المشترط دون أن ينقض الحق ، فليس للورثة حق النقض ولو لم يصدر إقرار المنتفع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقضه مورثهم .

ويوجه المشترط النقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع(٣) . وليس للنقض شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمنياً(٤) .

---

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد ذكر هذا المثل أمامها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — وفى ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٥٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٧ .

(٤) ومن قبيل النقض الجزئى أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائنه ، فلا يعود مبلغ التأمين إلى المنتفعين إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه (استئناف مختلط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى ببعض الثمن تأميناً =

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يبرىء ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو ، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض ، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع ، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادى لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين . ويجوز للمشترط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول . وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ تقول : «ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك ، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة» . وإذا نقض المشترط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر ، سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العقد دائماً ، ويعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير (١) .

= وضمانا لدين آخر على البائع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه أن للمشترط الحق فى نقضه مالم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له . ولا يجب فى نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمنياً . ولا محل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدنى (القديم) لتمكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشترى ، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً فى ذمة المتعهد (هنا المشترى) عند استعمال الدائن هذا الحق ، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه (نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ ص ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن المشترط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصى للمشترط ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً فى ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لا إلى أن الثمن لم يعد باقياً فى ذمة المشترى كما ذهبت المحكمة .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وللمشترط أن ينقض المشارطة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد . وله عند نقض المشارطة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها ، ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط . ولما كان نقض المشارطة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته ، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته . وإذا رفض المنتفع المشارطة نهائياً فيكون للمشترط عن الحقوق التى تقدمت الإشارة إليها فى الفرض السابق ، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

٣٨٣ – عدم معرفة المتعهد بالمنتفع (تابع) – وجوب إقرار المنتفع لحقه : ولا ينقطع حق النقض إلا إذا صدر إقرار المنتفع[1] . فإقرار المنتفع إذن هو تثبيت لحقه ، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما بينا . ولا بد من صدور إقرار من المنتفع كى لا يثبت له حق بدون رضاه . فإذا صدر الإقرار تثبت الحق ، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة .

ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره فى أى وقت شاء ما دام المشترط لم ينقض الحق[2] . ولا يسقط حقه فى إصدار الإقرار إلا بالتقادم . والذى يسقط بالتقادم هنا هو حق المنتفع الذى لم يتثبت بالإقرار ولم يستعمل فى خلال مدة التقادم .

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً ، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المنتفع الحق تبرعاً ، فإن التبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعلن المنتفع إقراره للمتعهد أو المشترط ، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى فى حقه . والإقرار كالنقض تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة .

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقض ، كان المدين بهذا الحق

---

(١) وإذا صدر نقض من المشترط وإقرار من المنتفع قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقض والإقرار ، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد ، فمن أعلن المتعهد أولا هو الذى يسرى تصرفه ، ويعتبر حق المنتفع منقوضاً إذا سبق المشترط إلى إعلان النقض للمتعهد ، أو يعتبر قد تثبت غير قابل للنقض إذا سبق المنتفع إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦١) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — وفى ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ — وقضت محكمة النقض بأن المادة ١٣٧ من القانون المدنى (القديم) نصت على أن من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها ، ولم يطلب القانون ممن حصل العقد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين ، وكل ما اقتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلن الرفض ، أما القبول فيكفى فيه السكوت (نقض مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) .

هذا ويجوز لكل من المشترط والمتعهد أن يحدد أجلا معقولا للمنتفع يختار فيه بين الإقرار والرفض ، فإذا انقضى الأجل عد رافضاً . وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل معقولا (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

هو المتعهد أوورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد ، لأنه ليس طرفاً فيه . والذى تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشترط كما قدمنا(١) .

وقد يرفض المنتفع ، صراحة أو ضمناً ، الحق الذى اشترط لمصلحته . وفى هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض ، كالنقض والإقرار ، تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة. ويجوز لدائنى المنتفع الطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها كما قدمنا .وغنى عن البيان أن المشترط يجوز له، عند رفض المنتفع ، أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الذى رفض ، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفرع الثانى

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤ — نسبية العقد من حيث الموضوع: العقد نسبى أيضاً فى أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك ، وهذه المسئولية هى التى نسميها بالمسئولية العقدية ، وهى الجزاء الذى يكفل قوة العقد الملزمة .

فنحن نبحث إذن أمرين : (أولا) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية .

---

(١) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط ، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره ، ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد الشرع أجلا معيناً لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المنتفع بالإفصاح عما يعتزم فى فترة معقولة . ويصبح حق المنتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار. وهو حق مباشر مصدره العقد ، ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أنه يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك . ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى هذا التنفيذ ، وهو يفترق عن الفضولى من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى العقد بغير ذلك . والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تتفرع عن العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥ — كيف يكون تحديد موضوع التعاقد : لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد فى العقد . وقد يرى القاضى العقد فى حاجة إلى التفسير . فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ، ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد فى العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فنحن نتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد . (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول

تفسير العقد (*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

(*) بعض المراجع : ديريه (Dereux) فى تفسير التصرفات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ — جونو (Jounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ — جنى (Gény) فى طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ — سالى (Saleilles) فى الالتزامات فى القانون الألمانى — وفى إعلان الإرادة — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٣ — فقرة ٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٤٩ — فقرة ٤٥٩ — الدكتور الشيتى فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد رسالة تقدم بها للمعهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ — حامد فهمى (باشا) والدكتور محمد حامد فهمى بك فى النقض فى المواد المدنية والتجارية — والتون ١ ص ٣٦٢ — ص ٣٩٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٨٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٦ وما بعدها .

«١ — إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين» .

«٢ — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات(١)» .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي :

«١ — يفسر الشك في مصلحة المدين» .

« ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن(٢)» .

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية في القانون المدني القديم :

م ١٩٩/١٣٨ : «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري» .

م ٢٠٠/١٣٩ : « وهكذا يكون التفسير في الشروط المعلق عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها» .

م ٢٠١/١٤٠ : « في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد» .

ولم يستحدث القانون الجديد في تفسير العقد قواعد لم تكن في القانون القديم . ولم يعدُ أن قنن القضاء المصري فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق ، فيما عدا بعض خلافات لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة «وبالغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قد قصدوه» فقد تضمنها نص المشروع التمهيدي . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة «فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين» ، وأجريت بعض تعديلات لفظية . فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٨) .

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ١١٨.

واضحة ، وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى . وأورد الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان، وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان .

ولكن القانون الجديد ، مع ذلك ، أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة ، بأن أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجارى ، وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص منه الإرادة الباطنة .

٣٨٧ — البحث فى تفسير العقد يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحته :

ويلاحظ بادئ الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد والبحث فى صحته . إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا، حتى يكون قابلا للتنفيذ(١).

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد لتحديد آثاره . ففى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، فإذا كانت هى الإرادة الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لنتعرف هل هى صحيحة أو معيبة ، وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص منهما إرادة مشتركة للمتعاقدين . أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره ، فنحن بعد أن نكون قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، نقف عند هذه الإرادة الظاهرة لتفسير معانيها ، ما وضح منها وما غمض ، مفترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين

---

(١) ويلاحظ الدكتور الشيتى فى رسالته « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » (ص ٤٥ — ص ٤٦) أن نظرية التفسير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشيتى من ذلك الأهمية البالغة التى لنظرية التفسير ، ويعتبر أنها هى المحك الذى يميز ما بين النظم القانونية المختلفة .

الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى .

٣٨٨ – القانون والواقع فى تفسير العقد : ويعنينا أن نبين منذ الآن ما يعتبر فى تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها .

ويمكن حصر مسائل القانون فى تفسير العقد فى المسائل الثلاث الآتية :

(أولا) هناك قواعد نص عليها القانون فى تفسير العقد . وهذه القواعد يلتزم القاضى باتباعها تحت رقابة محكمة النقض ، فإذا خرج عليها نقض حكمه لمخالفته للقانون . ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث :

(١) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلى لهذه القاعدة تفصيلا ، ونبين إلى أى حد تنبسط رقابة محكمة النقض فى ذلك.

(٢) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ . فالعبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هى الإرادة المشتركة للمتعاقدين [١] على النحو الذى سنفصله فيما يلى . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضى الذى يقرر فى حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً ، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه[٢] . أما

---

(١) استئناف وطنى فى ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٥ — استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ — وفى ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ — وفى ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — وفى ١٦ نوفبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ — نقض فرنسى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١٠٩ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٣٨ .

ما ذكره النص بعد ذلك من الاسترشاد فى تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ، فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضى. وهو حر فى ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدى ولا يؤدى به إلى تعرف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه .

(٣) ما نص عليه القانون(م ١٥١) من أن الشك يفسر فى مصلحة المدين، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . فهذه هى أيضا قاعدة قانونية ملزمة فى تفسير العقد ، إذا خالفها القاضى نقض حكمه . وسنرى فيما يلى مدى تطبيق القاعدة ، ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً فى إرادة المتعاقدين . ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا التزم القاضى فى تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التى تقدم ذكرها ، فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير فى الكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سنرى . ولكنه يتقيد قانوناً — ويخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض — بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض فى كثير من أحكامها . ذلك أن قاضى الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذى ثبت عنده ، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلا لا وهما ، غير مناقضة للثابت فى الدعوى ، وتؤدى عقلا لاستخلاص الواقعة التى ثبتت عند القاضى . فإذا أثبت القاضى مصدراً للواقعة وهمياً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية فى الإثبات ووجب نقضه (١) .

---

(١) نقض مدنى فى أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ — أنظر أيضاً ما قررته محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى من دلائلها المقدمة له تقدماً صحيحاً ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلا وهمياً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض =

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ، ملتزماً في ذلك القواعد القانونية التي تقدم ذكرها ، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع في التكييف ومارتبه عليه من آثار لرقابة محكمة النقض ، لأنه يطبق القانون على الواقع ، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية(١) .

= ولكن يستحيل عقلا استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لمخالفته لقواعد الإثبات القانونية . فإذا انتحل الحكم الحادث الضار سبباً تقصيريا لا يمكن استخلاصه فعلا من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة تعين نقضه (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠) .

(١) تالامون (Talamon) في رقابة محكمة النقض على تفسير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — مارتي (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ — حامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك في النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن من حقها أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبته في حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشترية تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمسكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيه عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للعقد المتعلق بالملكية الوارد في إقرار المشترية ومتمما لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد تلقت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشترية ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسبانه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشترية أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشترية من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله ، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته ، فتعتبره وصية لا بيعاً صحيحاً (نقض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) — والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف العقد جهلا أو عمداً ، والتعمد يكون عادة لإخفاء غرض غير مشروع ، كربا فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء في القانون المدني القديم ، وكشركة عاصة هي في الواقع قرض (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٦) ، وكبيع هو في الواقع تأمين لدين على البائع للمشتري (زقازيق استئنافي في ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٨ —

أما ما يعتبر من الواقع فى تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو

= الحقوق ٢٣ ص ٣٠)، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استئناف وطنى فى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٢/١ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢٠ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٤ — وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٤).

وكثيراً ما تستتر الوصية تحت اسم آخر ، كالبيع ، فعلى محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف ، وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانونى الصحيح خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكيف التصرف تارة بأنه وصية وطوراً بأنه بيع — ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتى : استئناف مصر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ ص ٤٨ — وفى ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٣٠١ — وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ ص ١١٢ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ ص ١١٧٨ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨١ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٩ ص ٧٣٢ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ : المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ ص ٣٧٣ — وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ ص ١٤٢٤ .

وتخضع محكمة النقض هذه التصرفات لرقابتها تارة عن استظهار نية المتصرف وهى مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تشترط فى استظهار النية كما رأينا أن تكون الوقائع التى استخلصت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التى قررتها فى حكمها (نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧)، ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشترى وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى فى العقد وكعدم تسجيل العقد وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استئناف مصر فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ ص ٦٦٤) — وطوراً عن طريق إخضاع التكييف القانونى للتصرف لرقابتها ، وقد رأينا فى الحكم السابق ذكره الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً ، وفى حكم آخر كيفته هبة لا وصية ، فقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفا قانونيا خاطئاً ، فإن حكمها فى ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التى يجب عليها فى هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى حفيده ببيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع باع تلك الأطيان لحفيده بيعاً قطعياً لا رجوع فيه وتنازل له عنها فى مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشترى ، وأنه سلم الأطيان للمشترى لكى يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تسجيلا تاماً ، واستمر البائع واضعاً يده على الأطيان ، ثم تنازع مع المشترى على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشترى متضمنا أن تبقى الأطيان تحت يده هو يستغلها لحين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، فإذا حصل =

— ذلك وحكمت محكمة الموضوع باعتبار هذا العقد وصية بناء على مابان لها من الظروف التى لابست تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشترى ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبها ، كان حكمها خاطئاً فى تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد تبرع منجز أى هبة مستترة فى صورة بيع ، فهى هبة صحيحة (نقض مدنى فى ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع فى القانون المدنى القديم أمراً عسيراً (أنظر إلى ما جاء فى ذلك من الضوابط نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ فى آخر الحاشية رقم ١ وتجد الأحكام مشارا إليها فى أسفل ص ٩٣٢ — ص ٩٣٣) . وتضمن القانون الجديد نصاً فى هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقضى بأنه «إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك» . ويبرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصحح وصايا لها مايبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لايزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة .

وقد كانت محكمة النقض ، قبل القانون المدنى الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين لاحقه فى الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصبح فى القانون الجديد قرينة قانونية — لاسيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشترى فى الرقبة طول حياة البائع : أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفى ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — ومع ذلك أنظر : نقض مدنى فى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار ألغى شرط المنع من التصرف) — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٧٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدنى فى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفى أول أبريل سنة ١٩٤٣ —

من الوقائع الثابتة أمامه فى الدعوى . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(١) .

= مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ — وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص ٢٣١ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر . ومع ذلك أنظر : نقض مدنى فى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ — وانظر فى أن تنازل البائع عن ورقة الضد يدل على تنجيز العقد : نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٦ سنة ١٨ قضائية ، وفى أن تسليم البائع العقد للمشترى وتخليه من الحيازة له قبل الوفاة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع) يدل على التنجيز وعلى تخلى المورث عن فكرة الرجوع فى التصرف : نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ — وفى ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية لم ينشر ، وفى أن التصرف يعتبر وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد البيع منفرداً ولم يقبض ثمناً ولم يسلم العقد للمشترين بل احتفظ به طوال حياته : نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر ، وانظر فى الهبة بعوض وهى سافرة : نقض مدنى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٨ ، وفى الهبات المستترة فى صورة سندات : نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص ٢١٠ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ — وفى ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ .

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التى أقامها القانون الجديد — وهى احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه فى الانتفاع مدى حياته — هى الشىء الثابت فى هذه المسألة . وهى قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن فى هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التى تعارض قرينة أن التصرف وصية .

والذى يعنينا أن نقرره هنا هو أن لمحكمة النقض رقابة تامة على التكييف القانونى للعقد . وقد قضت بأن تمليك كل من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، وهو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدنى فى ١٤ يونية ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٩٩ — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى التركة المستقبلة فقرة ٢١٧). وقضت أيضاً بأن العقد الذى يزيد فيه مايدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عينا هو بيع لا مقايضة ، فتكييف محكمة الموضوع العقد على هذا النحو لا غبار عليه (نقض مدنى فى ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤) .

(١) وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ فى أحكام كثيرة . من ذلك ما قضت به من أن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن =

٣٨٩ — حالات التفسير الثلاث : رأينا أن القانون المدنى الجديد نظر

=العاقدين قصدا به أن يكون البيع تاما منجزا بشرط جزائى، ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدنى فى ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع، فلها أن تقرر معناها على أى وجه تراه مفهوما من صيغتها وتعتبره متفقا مع قصد المتعاقدين ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى تأخذ به (نقض مدنى فى ٢ فبراير ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ ص ١٧١) . وقضت أيضا بأن استظهارنية المتصرف مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها (نقض مدنى فى ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧) . وقضت بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً ، وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر ، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها ، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى نفس الأمر ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تنظر إلا فى مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهميا لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (نقض مدنى أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه فى مرافعتهم ، ما دام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (نقض مدنى فى ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ ص ٤١٤) .

أنظر أيضاً فى هذا المعنى أحكاما كثيرة نذكر منها : نقض مدنى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٥ ص ٢٩١ — وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ ص ٣٢٧ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص ٦٤٦ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ ص ٢٤٠ — وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ ص ١٤٠ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ ص ١٧٧ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ ص ٢٣١ — وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ ص ٢٥٩ — وفى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ ص ٣٩٣ — وفى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة =

إلى حالات ثلاث فى تفسير العقد ، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة. فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام شك فى تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملتزم فى غير عقود الإذعان .

ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

§ ١ — عبارة العقد واضحة

٣٩٠ — القاعدة التى تتبع فى التفسير : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضى بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقنيناً لقضاء محكمة النقض عندنا . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت فى ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية ، تفرق فى العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة . وتطلق سلطان قاضى الموضوع فى تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذى يؤدى إليه اجتهاده . أما فى تفسير الشروط الظاهرة فلا تجيز محكمة النقض لقاضى الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسخاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

٣٩١ — العبارة الواضحة قد تكون محلا للتفسير : ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضى قد يجد نفسه

= عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨ — وفى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٤ ص ٢٥١ — وفى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ ص ٢٥٦ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٦٤ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧٤ — وفى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ ص ٥٦٧ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٨٠ .

هذا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة ، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير فى هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض (نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٧ هامش رقم ٢) .

فى حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة ، مهما بلغ وضوحها ، وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة. فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر . فى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشوهه . ولكن لا يجوز للقاضى أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادىء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .

(والشرط الثانى) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعانى لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب . وفى هذا تقول محكمة النقض : « لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها. ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن ينبنى عليها[1] ».

---

(١) نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤١ ص ٨٣ — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به فى قضائها ، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت عندها ما ذهبت إليه (نقض —

٣٩٢ — رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة : ويتبين مما

= مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص٨٤) . وقضت أيضاً بأنه مهما يقل بأن للمحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هى أنه مقصود العاقدين ، فلا شك فى أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين فى حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغته المعنى الذى أخذت به ورجحت أنه مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت فى تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها . فإذا هى لم تفعل كان حكمها معيباً بقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص٣٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت فى ورقة من اوراق الدعوى ، وأوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى دعتها إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلا ، فلا يصح النعى على حكمها أنها مسخت الورقة التى قصدت لتفسيرها أو أنها حرفت معناها (نقض مدنى فى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص١٤٤) .

أنظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص ١٦١ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ — وفى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ — أنظر كذلك «النقض فى المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وانظر فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من هذا الكتاب فى نقد قضاء محكمتى النقض المصرية والفرنسية فى هذه المسألة وإلى رأى خاص لمؤلفى هذا الكتاب .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب فى أحكامها ، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية كما أسلفت الإشارة : أنظر نقض فرنسى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ١٧٦ — وفى أول يوليو سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢١٧ — وفى ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٤٦٩ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١٠٤ — وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢٦٧ — وفى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ — ١ — ١٢٧ — وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٧٩ — وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ — وفى أول يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٨٦ — وفى ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٣٦٥ — وأنظر فى تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية والعهود الثلاثة التى مر بها هذا القضاء كتاب «النقض فى المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك فقرة ٨٩ — فقرة ١٠١ .

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استخلصه الدكتور أبو عافية (فى رسالته فى التصرف المجرد نسخة عربية ص٢٨٤ هامش رقم ٨) على القانون المدنى الجديد، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد . وقد رأينا أن هذا النص فى القانون الجديد لم يقصد به إلا تقنين قضاء محكمة النقض فى هذه المسألة ، فمنع وليس ـ من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بيناهما .

قلمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا التزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن فى حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذى يعبر عن مقصود العاقدين . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذى قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليها أن تبين فى أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب ، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغه سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسبيب (١) .

ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً فى رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضى أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التى تبرر ذلك ، بل يكتفى بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذى استخلصه هو مقصود المتعاقدين ، وأن هذا وذاك يدخل فى سلطان تقديره الموضوعى دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

٣٩٣ — هل الأخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أخذ بالإرادة الظاهرة :

وبعد أن بسطنا القاعدة فى تفسير العبارة الواضحة للعقد ، يحق لنا أن نتساءل : ما دام القاضى لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص (٢) ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ فى هذه الحالة

---

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويلاحظ أخيراً أن القاضى ينبغى أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية ، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا . فليس للقاضى المدنى ما يتمتع به القاضى الجنائى من حرية فى تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض — أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ فقرة ٣) .

(٢) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأييداً لذلك ما يأتى : « لا ريب أن إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهى ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هى عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً بالغاً فى مراعاتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ فقرة ١) .

بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، ما دام لا يجيز الانحراف عن الأولى ؟

إن الإطلاق الذى رأيناه فى نص القانون قد تقيد بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، ما دام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغايراً ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى الجديد — وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا — لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس ، ومتى ثبت العكس فالعبرة بالإرادة الباطنة .

§ ٢ — عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤ — **البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين** : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا ، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر ، بل تحتمل أكثر من معنى . وأما أن العبرة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً ، لأن الإرادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق معه المتعاقد الآخر فيها (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتمل فى جزئياتها أو فى جملتها أكثر من معنى ، تعين الالتجاء إلى التفسير . والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ — ص ٢٩٧) .

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ تشعبت الآراء في ذلك . فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلا للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد . ذلك أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح كما قدمنا . وما دام العقد صحيحا فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة ، وإلا لداخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلا للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة (١) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وهذا إن صح في الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصدا أمراً اتفقا عليه ، ولكن عبرا عنه تعبيراً غير دقيق ، فتنحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا نكون في هذا الفرض في منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح

---

(١) ويقول الدكتور محمود أبو عافية في هذا المعنى ، بعد أن ينعى على الفقهين الفرنسي والمصري الخلط بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها ، ما يأتي : « وهنا خطأ بين يجب استبعاده بفصل هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره ، وهو أن تحديد أثر التصرف مسألة لا توضع إلا بعد التسليم بصحته ، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة المعلنة مع الإرادة الحقيقية ، فلا معنى إذن لإهمال الإرادة المعلنة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التقيد بمضمون الإرادة المعلنة ... يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة المعلنة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر التصرف . والنتيجة التي تترتب على ذلك هي أنه ما دام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة المعلنة، وإنما وسيلة لاستخلاص الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير . ولا نزاع في أن القاضي عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة ليهتم فقط بمعناها المقصود في الحقيقة والذي يتبين من مجموع الظروف الخارجية التي لا بست التعبير . ولكن القاضي عندما يفعل ذلك لا يغفل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره » (التصرف المجرد : نسخة عربية ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

أنظر أيضاً في تحديد منطقة كل من الغلط والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٨٦ .

والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما نكون فى منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير . والواجب فى هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، فلا تكون هى محل التفسير ، بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة فى تفسير العقد . ومن ثم يكون الرأى الذى يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة ، وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هى دائماً محل التفسير ، رأياً فيه إطلاق يجدر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هى التى تعبر فى العادة عن الإرادة الباطنة ، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان ، فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هى محل التفسير ، ما لم يقم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة ، وأن بين الإرادتين تغايراً ، فتكون العبرة فى هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة ، وتكون الأولى لا الثانية هى محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل فى الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر ، مفهوماً على النحو الذى أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به (١) . فالإيجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصيله هو الذى نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذى تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأى أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذى يقع فى العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً ، ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالى (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هى هذه

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور الشيتى فى رسالته فى « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » ص ٥٨ .

الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحي إحداهما لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هي إرادة من صنع القاضي ، هو الذي يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً(١) .

ونحن نؤثر ألا ننحاز لرأي من هذه الآراء . وأن نستبقي للمسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجي للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أي إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين — وهي النية المشتركة التي نبحث عنها — من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير نستهدي بها ، هي التي نتولى الآن الكلام فيها .

٣٩٥ — العوامل التي يستهدي بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين : ويستهدي القاضي لكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل عديدة ذكر القانون الجديد بعضاً منها لأهميته . فهو يستهدي «بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات» (م١٥٠ فقرة ٢) . وغني عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدي بها القاضي .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسميها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجة عنه ونسميها بالعوامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين —

---

(١) سالي: في الالتزامات في القانون الألماني (المادة ١٥٧ ص٢٢٨ ومابعدها) — وانظر انتقاد الدكتور الشيتي لرأي سالي في رسالته في «تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد» ص ٥٥ حاشية رقم ٢٣ .

وهذه مسألة نفسية خفية — بعوامل مادية ظاهرة . ونتكلم فى كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية .

٣٩٦ — العوامل الداخلية فى تفسير العقد : ذكر القانون منها طبيعة التعامل وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضى فى تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ، ذكرها القانون المدنى الفرنسى لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معى واحد ، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى). ونقول كلمة موجزة فى كل من هذه العوامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معانى مختلفة ، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشارطة . إذ المعقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيها طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشىء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشىء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً (١) . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه . إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته . فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولا منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثة من تركة أخرى (٢) .

---

(١) أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ — نقض فرنسى فى ١١ نوفبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٢١٣ .

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤ .

ويستهدى القاضى بما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد ، والثقة (confiance) حق له . وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل . فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو لبس ، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه ، فالأمانة فى التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام فى التعبير ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وهذه هى الثقة المشروعة ، وتنطوى على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعانى هو الذى ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له فى مقابل دين ، واشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة — إذ هو يجمع خصائصها — فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه فى الفوائد(١).

وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة . وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة ، وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات فى مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ الخاص يقيد العام . ولا يدخل فى المبيع ما لم

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١١٠٥ من القانون المدنى الجديد . وأنظر فى أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣ .

يذكر فى المفروشات المعينة ، حتى لو كان داخلا ضمن مفروشات المنزل . وإذا قام التناقض بين عبارتين ، اجتهد القاضى فى التوفيق بينهما . فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعل ، وإلا اجتهد فى إعمالهما إلى أقصى حد دون إرهاق للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقض يستعصى معه الجمع بين العبارتين على أية صورة ، اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى(١) .

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً زراعية ، وكان من توابعها مواش خصت بالذكر فى عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشىء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً . أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك فى أن المبيع يشملها فصرحا بذلك حسما للنزاع ، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذه المواشى فأفرداها بالذكر . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض للقاعدة السابقة التى تقضى بأن الخاص يقيد العام . فقواعد التفسير قد تتضارب ، وعلى القاضى أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذى يدعى لتفسيره .

٣٩٧ — العوامل الخارجية فى تفسير العقد : ذكر القانون منها العرف الجارى فى المعاملات ، ونضيف إليه الطريقة التى ينفذ بها العقد .

فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل . إذ المعقول فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة — فى دعوى طلب إثبات صحة تعاقد دفعها المدعى عليه بأن الاتفاق الذى تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره — قد بسطت الوقائع كما استخلصتها من الأوراق ، ثم حصلت من المكاتبات التى تبودلت بين محاميى الطرفين أن المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله ، مستعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من تلك المكاتبات مؤدية إلى ما حصلته ، فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد فى مكاتبة منها على لسان محامى المدعى عليه مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينازع فى تفصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هى ، وهى إذ تطالع تفسير محررات متبادلة مترابطة إنما تعتبرها بما تفيده فى جملتها لا بما تفيده عبارة معينة من عباراتها (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ ص ٤٦٩) — أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥ .

المسائل التي توطد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري ، فله أن يقضي بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء(١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضي بأن يكون أجر السمسار ٢٫٥٪ من قيمة الصفقة(٢) . والعرف يكون عاماً (٣) ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص(٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً(٥). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التي تقضي بأن يكون نزح البئر في جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها (٦). ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب (٧) . ولا يطبق العرف، كما تقول محكمة النقض(٨) ، إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظمونه في غموض . وهناك مسائل يجري فيها العرف مجرى القانون ، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك ، ففي هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سنرى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملا من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدراً من مصادر القانون ، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى

---

(١) نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص ١٣٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٢ .

(٤) سينا جزء ١ فقرة ٦١ .

(٥) استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠ .

(٧) استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦١ .

(٨) نقض مدني في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ ص ١٤١ .

لم يكن حكمه عرضة للنقض . أما العرف فى الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضى نقض حكمه .

وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التى ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة فى ضوء طريقة التنفيذ التى تراضيا عليها . مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة فى هذه الحالة بأن الأجرة تدفع فى محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة فى محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة فى هذا المحل (١) .

٣٩٨ — بأية إرادة يؤخذ فى تفسير العقد : ويخلص مما قدمناه أن القاضى فى تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، و يستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة . ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة . وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التى يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable)(٢) .

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، فى حالتى العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس .

---

(١) أنظر فى القضاء المصرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٨ .

هذا وقد تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أى عامل آخر خارجى عن العقد . مثل ذلك ماقضت به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرته فى الدعوى والقرائن الأخرى التى أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدنى فى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠) .

(٢) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertauenstheorie) التى أشار إليها الدكتور الشيتى فى رسالته « فى تكوين العقد وفى تفسيره فى القانون المصرى الجديد» ص ٥١ — ص ٥٣ . وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك .

§ ٣ — قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨ — يفسر الشك فى مصلحة المدين — مبررات هذه القاعدة :

وضع القانون نصاً صريحاً فى هذه الحالة — الفقرة الأولى من المادة ١٥١ — يقضى بأن يفسر الشك فى مصلحة المدين . فإذا قام شك فى مدى التزام المدين بعقد ، فسر هذا الشك فى مصلحته ، وأخذ بالتفسير الأضيق فى تحديد هذا المدى . ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

(أولا) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق فى تحديد مدى التزام المدين ، فذلك لأن الأصل براءة الذمة ، والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا فى حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك فى الالتزام من حيث مداه ، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك ، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذى قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة فى الإثبات لا قاعدة فى التفسير[١] .

(ثالثاً) ويقال أيضاً فى تبرير القاعدة إن الالتزام يمليه الدائن لا المدين . فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان فى مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن حتى لو كان

---

(١) وتشير المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتى : « إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد ، وبقى الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التى تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك فى مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنينات ، وهى ترد إلى أن الأصل فى الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل . فإذا بقى شك لم يوفق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩) .

دائناً . فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوى على الطرف المذعن فى جميع مشتملاته ، فتكون التزامات هذا الطرف القوى هى أيضاً من إملائه . فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو هنا الدائن .

٣٩٩ — نطاق تطبيق القاعدة : وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ، ويرد عليها فى حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين : مجرد شك ، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضى أن يتبين ولو وجها واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه ، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها ، بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر ، فلم ينعقد العقد . ولا بد ، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضى أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين — مهما كان هذا عسيراً — واستطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ، ولو كان التفسير فى غير مصلحة المدين (١) .

أما الاستثناء الذى يرد على القاعدة فهو ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائناً ، على خلاف القاعدة التى نحن بصددها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى عقود الإذعان (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه فى الغرض المقصود من المشارطة الذى يجب معه تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشترى بمطالبته بثمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليما ولا غبار عليه (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ — ومما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وينبغى كذلك تفسير ما يغمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمذعن » —

٤٠٠ — **تطبيقات للقاعدة** : فإذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقها . وفسر العقد الملزم لجانب واحد لمصلحة الجانب الملتزم . وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أي من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذي يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر .

فإذا كان هناك شك في وجوب إعذار المدين ، فسر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعذار (١) . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (٢) . وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة (٣) . وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (٤) .

المطلب الثاني

تحديد نطاق العقد

٤٠١ — **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٤٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

= دائناً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الحالين ، يد في هـذا الغموض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١) .

(١) استئناف مختلط في ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٣ — وفي ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .

(٤) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ — أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٥ ص ٧٣ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — وفي ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — وفي ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ — وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ =

« ١ — يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » .

«٢ — ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام »(١) .

وهذا النص يبين فى الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد ، وفى الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

٤٠٢ — *التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه* : وهناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض: تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هى تفسير العقد . فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر فى هذا التحديد على ما ورد فى العقد وفقاً

= ص ٥٣ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٩ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٠ — وفى ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ — أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ ص ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : نقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهى التى تعنينا هنا ، مرجئين الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام فى إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص فى المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للعدالة والعرف والقانون» . وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتى : «وفقاً للقانون والعرف والعدالة» ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص كما هو فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطى القاضى سلطة خطرة إذ يمكنه أن يزيد فى التزامات المتعاقدين وفى ذلك إهدار لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستغناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون فى تفسير العقود وليس فى تنفيذها . وبعد مناقشة استعيض عن عبارة «ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام» بعبارة «ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته» وأضيفت عبارة «بحسب طبيعة الالتزام» فى آخر الفقرة ، وقالت اللجنة فى تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ — ص ٢٩٠) .

النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضى ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهى تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه — والمشتملات يعرفها القاضى عن طريق التفسير وتحديد النطاق — ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨ فقرة أولى)(١) .

وقد فرغنا من الكلام فى تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الكلام فى تحديد نطاقه .

٤٠٣ — العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد نطاق العقد : لا يقتصر القاضى ، كما قدمنا ، فى تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر ، أهم العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد

---

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس فى مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز . ففى تفسير العقد نعنى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفى تحديد نطاق العقد نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله فى الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وفى تنفيذ العقد نجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هى شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما فى الحدود المرسومة لها . وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن : «ومما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام فى معرض تحديد مضمون العقد ، وتنص ... على العرف الجارى فى شرف التعامل بصدد كيفية تنفيذه . والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شقه الثابت بالعبارة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة . فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمدا إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضى العرف فى شرف التعامل (أنظر م ٢٢١ من التقنين اللبنانى) . وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة ، فمن البين أنها تختلط فى الواقع ببعضها ، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧) .

هذه المستلزمات ، ومن ثم فى تحديد نطاق العقد . وهذه هى : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة . (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style). (٤) العدالة .

٤٠٤ — طبيعة الالتزام : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة(١) . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء (م ٤٣٢ جديد) . ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التى لا غنى عنها فى تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشترى السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك (٢) .

٤٠٥ — القوانين التكميلية والمفسرة : والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضى إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد . ذلك أنه يصعب فى كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما

---

(١) وقد رأينا أن نص المشروعين التمهيدى والنهائى واضح فى أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . وغمض هذا المعنى بعد التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول فى تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس جوهره . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم فى تحديد نطاق العقد . وعلى هذا الوجه جرينا فى شرح النص .

(٢) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٠ — ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه فى وسيطهم إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد . الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثانى هو التزام الضمان (oblig. de garantie) ، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا فى بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه التزام قائم فى كل العقود التى تقتضى طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sécurité) ، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود ، فعقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العامل ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى مكان (بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٥٥ — ٤٥٩ وفقرة ٩٥٨ — ٩٦٣) .

بينهما فى جميع تفصيلاتها فهما فى الغالب يتركان بعض التفصيلات ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما اعتماداً على أحكام القانون(١). وهنا تأتى الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فيعينا المبيع والثمن ، وقد يغفلان بعض التفصيلات كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك. كل هذه التفصيلات بين القانون أحكامها فى نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة . وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد. وهذا ما يعلل أن ليس لها أثر رجعى ينسحب على العقود التى أبرمت قبل صدورها ، لأن هذه العقود وجدت فى وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد ، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانونى فى ظل القانون القديم (وكان السعر القانونى ٥ فى المائة)، فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانونى إلى ٤ فى المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥٪ .

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التى افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذى يريانه ، فهى ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

(١) وهذه غير الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٥ ، والتى مر ذكرها ، وهى حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين فى الحالة التى نحن بصددها أغفلا بعض التفصيلات لأنهما لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون . أما فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٥ فإن التفصيلات التى تركها المتعاقدان دون تنظيم هى تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما ، ولكنهما لم يستطيعا الوصول إلى هذا الاتفاق . والقاضى فى هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين فى صنع العقد .

٤٠٦ — العرف والشروط المألوفة : رأينا أن العرف يجرى مجرى القانون فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style). فتضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بإدراجها فيه ، وهى شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشتمل على عبارات معينة ، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذى فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضى به هذه الشروط ولو لم تذكر ، لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد. مثل ذلك ما جرت به العادة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفح بها الخدم ، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً . ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج فى العقد، فالشرط الخاص هو الذى يعمل به(١) .

٤٠٧ — العدالة : وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة فى استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبائع لا يلتزم فحسب أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى ، بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد . وقد يورد القانون فى شأنه نصوصاً صريحة (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدنى الجديد). وبائع المتجر يلتزم نحو المشترى ألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر ، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد . والعامل الفنى إذا عمل فى مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ جديد) . وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداع ، ولو لم يشترط رب العمل فى العقد

---

(١) استئناف مختلط فى ٦ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٢ .

أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢ جديد). وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة — وقد وضع لها القانون الجديد نصا عاماً وطبقها في عقود مختلفة — إلا تطبيقا لمبدأ العدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة .

٤٠٨ — تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون : وإذا حدد القاضي نطاق العقد، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فتستطيع هذه المحكمة أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه . فإذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض الحكم[1] .

(١) وإلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . ففي دعوى المقاول الذي لم يدفع المدعى عليه (وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت ، وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائي امتنع ولم يحرز عقد التوريد وطلب إعفاءه من التعهد ، فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف إلى غيره في استيراد المطلوب به — في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها التي كان يجب تطبيقه ، فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتئيه من تفسير هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٢٣) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود الأخرى يوجب نقض الحكم (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٣ ص ٥٣٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي بك والدكتور محمد حامد فهمي بك ص ٢٩٦ — ص ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع بين تفسير العقد وتحديد نطاقه) .

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ — **القاعدة العامة والاستثناء منها** : القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد القانون الجديد ، عند الكلام في آثار العقد(١)، على هذه القاعدة استثنائين. الاستثناء الأول ما تقضي به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢)، والاستثناء الثاني ما تقضي به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضي للشروط التعسفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) .

ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها(٢) . ونقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية ، فإن العيب الذي يلحق العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه ، لا عند تنفيذه كما هو الأمر في نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطق يقضي بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكل بتلك .

فإذا تركنا عقود الإذعان بقي أن نبحث مسألتين : (١) القاعدة وهي تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضي به نظرية الحوادث الطارئة .

§ ١ — تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ — **النصوص القانونية** : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة تفرقت في أماكن مختلفة كما سنرى .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ وما بعدها .

«العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون(١) » .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتي :

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية(٢) » .

٤١١ — العقد شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون ، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب .

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا ، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون» . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة «ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم إليها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٦).

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل» . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظياً على النحو الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني لا المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها . وحذفت اللجنة عبارة «وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وعللت هذا الحذف في تقريرها بأن «في عموم تعبير حسن النية ما يغني عنها» ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ — ص ٢٩٠) .

هو القانون الذى يسرى عليهما . وتوارى البديل أمام الأصيل . وهذا هو المعنى الذى قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : «العقد شريعة المتعاقدين» . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى فى هذا المعنى : «الاتفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون » . (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.). وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا(١).

٤١٢ — فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون :

والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين، هى أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها . ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل . ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون .

---

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون . أما وجوه الشبه ففى أن كلا منهما ملزم ، وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بين الطريقة التى صنع بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هى أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيلغى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التى صنع بها فى أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التى صنع بها ، وتفسير العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً . إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل ، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها ، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل. وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولا عند اعتبارات عادلة ، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤) ، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦)، وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠)، وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) ، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل (١) .

٤١٣ — ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية:

كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : «فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي ، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني» (٢) ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : «العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه شريعة اتفاقية ، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً . والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي ، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين . فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه — ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون ، كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨ .

الشيوخ ، عند ما حذفت المعيار الثانى الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائى ، قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى . أما ما ذكرته فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى « لأن فى عموم تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يغنى عنها»(١) فغير صحيح ، لأن المعيار الذاتى لا يغنى عن المعيار المادى . لذلك يجب ، بعد هذا التعديل ، الاقتصار على المعيار الذاتى ، وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ جميع العقود . ولم يعد هناك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية(٢) .

ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن(٣) ، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها(٤) .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد ، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦ فقرة ٢) . ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها الألفاظ دون المعانى كما كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٨) — ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه فى وسيطهم (جزء ٢ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٧) إن القانون كما يمنع التدليس (dol) فى تكوين العقد ، كذلك يمنع الغش (fraude) فى تنفيذه . والتدليس والغش شىء واحد يتخذ اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو غش عند تنفيذه .

(٣) نقض فرنسى فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٤) نقض فرنسى فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ — ١ — ٤٢٠ .

بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما (م ٢٢١ فقرة ٢) . وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية فى تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . فى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ — ٥٣١ من القانون المدنى الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون المدنى الفرنسى). وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا : م ١٧ و١٩ و٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم فى بيع كتابه . وعلى المشترى أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم (م ٤٤٠ جديد) . وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠). ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك ، فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شىء من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥) . وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧)(١) .

---

(١) الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٣٩١ — ص ٣٩٩ . وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغنى فى بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق . فإن المتعاقد الذى يحيد عن حسن النية فى المطالبة بحقه يكون مسئولا على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد ، قبل أن يكون مسئولا على أساس المسئولية التقصيرية للتعسف فى استعمال الحق (١).

§ ٢ — نظرية الحوادث الطارئة (*)

(Théorie de l'imprévision)

٤١٤ — النصوص القانونية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٧ .

(*) بعض المراجع : برينيه (Brunet) رسالة من أكس سنة ١٩١٧ — سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ — جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ — مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — ردوان (Radouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ — بروزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ — فواران (Voirin) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ — لا بير (Lapeyre) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢٣ — مانيان دى بورنييه (Magnan de Bornier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٤ — ديجونكير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ — أوفرنى (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — حامد زكى رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (فى القانون الإنجليزى) — دى جودان دى لاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ — بارير (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ — فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — زاكاس (Zackeas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ — مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك فى مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية والثلاثون ص ٦٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولى فى سنة ١٩٣٧) .

ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك(١) ». وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير فى القانون القديم .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إن اقتضت العدالة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بعد عبارة « حوادث استثنائية » ، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء . وحذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهى « إن اقتضت العدالة ذلك » على أن يحل محلها عبارة « تبعاً للظروف » توضع بعد عبارة « جاز للقاضى » . وأضافت فى آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى إيضاح النص إن الحوادث الاستثنائية العامة تنصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ، ولا تنصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المحصول مثلا — ولا يعد انتشار الدودة حادثاً استثنائياً عاما لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد . وذكر أن المشروع قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ما ساق من تطبيقات فخلط بذلك بين العلة والمعلول . وقيل كذلك إن استعمال القاضى الرخصة فى إنقاص الالتزام المرهق خاضع لرقابة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح استعمال هذه الرخصة . ولما اعترض على عبارة « ينقص الالتزام المرهق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إنقاص الالتزام المرهق كان الرد أن الإنقاص غير مقصود به الإنقاص المادى وإنما قصد به التعديل وينسب دائما إلى عبء الالتزام ، فاستعاضت اللجنة عن عبارة « ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » بعبارة « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . ثم قام اعتراض على النص فى ذاته بدعوى أنه يخرج القاضى عن وظيفته ، إذ أن وظيفته هى تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة ، وبدعوى أن النص يثير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أقل حادث سياسى قد يترتب عليه تارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها ، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد نصاً فى العقد وهو فى هذا يعمل فى حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٦) .

٤١٥ — وضع النظرية: ونظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتى : عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال ، كعقد توريد . ويحل أجل التنفيذ ، فإذا بالظروف الاقتصادية التى كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن فى الحسبان ، فيختل التوازن الاقتصادى للعقد اختلالا خطيراً . وليكن الحادث خروج السلعة التى تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة ، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار . فهل يؤخذ المدين فى هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة ؟

لو أن هذا الحادث الطارىء قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، لكان قوة قاهرة ينقضى بها الالتزام. أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف فى التجارة ، لما كان له من أثر ، فالتاجر يكسب ويخسر ، وكل من الكسب والخسارة أمر متوقع ، ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملا . ولكنا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلا ، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف . ثم إننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد ، بل جد عند تنفيذه (١) . فماذا يكون الحكم ؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة : لا ينقضى التزام المدين لأن الحادث الطارىء ليس قوة قاهرة ، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق ، ولكن يرد القاضى الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه ، يطيقه بمشقة ولكن فى غير إرهاق .

هذه هى نظرية الحوادث الطارئة . وتراها وهى تقوم فى مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتى الاستغلال والإذعان فى مرحلة تكوين العقد(٢) . فهى مثل

---

(١) فلو أن الالتزام نشأ فى ذمة المدين مرهقا فادحا منذ تكوين العقد ، كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفرها أضعاف ما قدره (دى باج فقرة ٥٧٤ ص ٤٩٩) ، لبقينا فى دائرة تكوين العقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه ، ولكان علينا أن نلتمس العلاج فى عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو نحو ذلك .

(٢) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «فيلاحظ أولا أن نظرية الطوارىء غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطاً فى نطاق نظرية الاستغلال . فالغبن إذا =

نظريتها تصلح اختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوى أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن فى نظريه الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين، ومن ثم تتوزع تبعته بينهما . وفى النظريتين الأخريين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن (١).

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف ، وقد أخذ بها القانون المدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً فى حالات معينة . فنحن نتكلم : (أولا) فى التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) فى نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المدنى الجديد .

١ – التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة

٤١٦ – النظرية فى العصور الوسطى : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة

= عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام . فقد يكون سببا فى بطلانه أو فى انتقاصه على الأقل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

(١) وتبين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ العينى للعقد وتنفيذه من طريق التعويض . ففى تنفيذ العقد من طريق التعويض لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وها نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، نقرر ما يقرب من ذلك فى التنفيذ العينى ، فلا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذا عينيا إلا بالقدر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وما زاد على هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : «ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارىء غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه من طريق التعويض . إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المشروع التمهيدى وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) بأن المدين لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ العينى إلى حد بعيد عما كان فى الوسع أن يتوقع عقلا وقت انعقاد العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال فى أن نظرية الاستغلال ذات معيار شخصى : استغلال هوى جامح أو طيش بين . أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فلهما معيار مادى : حادث طارىء عام واحتكار لسلعة أو مرفق .

ذات جانب أدبي بارز ، فهي تسعف المتعاقد المنكوب عند ما يختل التوازن الاقتصادى للعقد ، فإن ظهورها لا يستغرب فى القوانين المشبعة بالروح الدينية . ظهرت فى العصور الوسطى فى القانون الكنسى ، ولها أثر ملحوظ فى الفقه الإسلامى (١).

فقد كان رجال الكنيسة فى العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً . فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أوجد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق . وقامت الصياغة الفنية للنظرية فى القانون الكنسى على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus). فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التى عقد فى ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد لبزول الحيف الناشيء من هذا التغيير المفاجيء فى الظروف الاقتصادية .

وسلم رجال الفقه الإسلامى بنظرية الحوادث الطارئة فى بعض العقود ، وبخاصة فى عقد الإيجار . فينفسخ الإيجار بالعذر فى مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر (٢) .

---

(١) أما فى القانون الرومانى فلا نسمع لها صدى إلا فى أقوال الفلاسفة من أمثال شيشرون (Cicéron) وسينيك (Sénèque) .

(٢) البدائع ٤ ص ١٩٧ — والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة كمن استأجر حماماً فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذراً فى فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فآجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع العذر للمستأجر ، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفراً ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنتقض الإجارة من غير نقض ، كما لو —

٤١٧ — النظرية فى القانون الحديث — انحسارها فى القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضى إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدى المدنيين من رجال القانون الفرنسى القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدنى الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لا فقهاً — على خلاف فى الرأى — ولا قضاء .

أما فى الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً فى المبادىء العامة للقانون المدنى . فقيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن فى حسبانه (١) . ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق ، فينفتح الباب واسعاً للتحكم — وقيل إن النظرية تفسر فى ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقعاً وقت التعاقد(٢) . ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين ، لا عند تنفيذه كما هى الحال فى نظرية الحوادث الطارئة — وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضى بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين (٣). ويرد على ذلك

= استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ — ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

ونظرية العذر فى الفقه الإسلامى — كما نرى — واسعة . وقد وضع الفقهاء للعذر معياراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦) : «والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ» . فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبره دون هذه وتلك . قارن أيضاً تصقيع الحكر (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٦١ ص ٢٠٩) .

(١) ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٢) قارن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

بأن الدائن لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد — وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً ، إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه . ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادى ولا استمراره إذا وجد ، وإلا لكان الغبن سبباً فى بطلان العقد — وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فالدائن يتعسف فى استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتراخى التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف ، فإذا هى تغيرت وطالب بحقه الذى تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً(١) — ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا على أثر الحربين العالميتين فى تأجيل الديون (moratorium) ، وفى عقود الإيجار ، وفى تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية ، وفى بعض العقود التجارية(٢) .

أما القضاء المدنى فلم يقر النظرية ، لا فى فرنسا ولا فى مصر .

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضى المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافهاً كل التفاهة(٣) . وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية فى فرنسا

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٦٢ .

(٢) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر فى فرنسا فى ٢١ يناير سنة ١٩١٨ — وراجع فى التشريع الفرنسى بعد الحرب العالمية الثانية مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه للأستاذ موران (Morin) — وأنظر فى اقتصار المشرع على التدخل عند الاقتضاء فى حالات استثنائية الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٥٨ — فقرة ٣٥٩ — وأنظر عكس ذلك فى وجوب تدخل المشرع بنص عام يقرر النظرية فى جملتها الدكتور حامد زكى (باشا) فى رسالته فى الحوادث الطارئة فى القانون الإنجليزى ص ٣٧٥ ونظرية العقد للمؤلف ص ٩٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) نقض فرنسى فى ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ١٨٧٦ — ١ — ١٦١ — أنظر حكماً آخر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٦ .

بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا ، فزاد الخطر الذى تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارىء(١) .

والقضاء المصرى ، فى ظل القانون القديم ، كالقضاء الفرنسى لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطرد القضاء المختلط فى هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلا ، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين(٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام (٣).

والقضاء الوطنى أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية فى حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة العويجة ، بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم طالبته المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة فى حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها

---

(١) نقض فرنسى فى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيريه ٥٦ — ١ — ١٢٩ — أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : نقض فرنسى فى ١٧ يونية سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ١٠٩ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩م ١٢ ص٣٩ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٦٨ — ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م٣٨ ص١٥٥ — ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م٣٨ ص٢٠٢ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٦٠ — ٧ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ — ٧ يونية سنة ١٩١٦م ٢٨ص ٤١٦ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨ — ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٦ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩ — ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨ — ١٣ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ — قارن استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — ٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مشار إليه فى رسالة الدكتور حامد زكى (باشا) ص ١٤٠ — ص ١٤١) .

(٣) ٢ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى. إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالا خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال. فإنه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف. ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب . وإن نظرية الطارىء بما لم يكن فى حسبان المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى ، إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية . وتلك تتطلب استحالة نسبية ، أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاقاً للمدين . وإن الروح التى أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد. وقد أخذ بتطبيقاتها فى نظرة الميسرة وفى الضرر غير المتوقع»[1].

ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادىء العدالة ، وقرنتها بنظريتى الإثراء بلا سبب والتعسف فى استعمال الحق من حيث أن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص فى القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها . ولكن هذا الحكم الفذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض . وقد قررت هذه المحكمة فى حكمها : «أنه لا ينقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه، فإن كان الحادث الطارىء لا يبلغ أن يكون كذلك ، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب ، فلا ينقضى الالتزام . وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما ، زعماً بأن القانون المصرى ، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين،

---

(١) استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ — وانظر تعليقاً للدكتور حامد زكى (باشا) فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .

إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك ، وبلن فى نظريتى الإثراء على حساب الغير والإفراط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارىء فى بعض الأحيان . إلا أنه قد استبقى زمامها بيده ، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولمصلحة العاقدين كليهما ، فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه» (١). ويلاحظ أن محكمة النقض أبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام ، لا لرده إلى الحد المعقول ، وعلى أساس أن نصوص القانون المدنى القديم تتعارض مع إقرار النظرية . فهى إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص تشريعى عام يجعل الجزاء إنقاص الالتزام لا انقضاءه . بل هى تصرح بذلك فى الحكم ذاته إذ تقول : «ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها . فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغى على قاضى الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية فى حق العاقدين كليهما توزيعاً للغرم بينهما» . وقد رأينا أن القانون المدنى الجديد قد سد هـــذا النقص ، وأتى بالتشريع الذى كانت محكمة النقض تبتغيه . ومهما يكن من أمر . فإن القضاء الوطنى بقى ، فى ظل القانون القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة . فقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم فى مصر أن تأخذ بنظرية الطوارىء ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هى وتفسيرها ، لا إدخال أى تعديل فى الشروط المتفق عليها بين الطرفين (٢) . وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، فقضت بأنه «ليس فى أحكام القانون المدنى (القديم) ما يسوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد ، بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . ولئن كان هذا القانون فى المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضى فى أحوال استثنائية أن يأذن فى الوفاء

(١) نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ .

(٢) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ .

على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين ، وأجاز له فى المادة ٥١٤ أن ينظر فى أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه ، فهذا وذاك استثناء من الأصل كان لابد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب العالمية الأولى وفى أعقابها وفى أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل فى عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية — ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارىء ، فيتدخل فيما شاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون (١) » .

٤١٨ — ازدهارها فى القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد اندثرت فى القانون الخاص ، فقد ازدهرت فى القانون العام . بدأت فى القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً فى المعاهدات الدولية ، فهى تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف فى هذا القانون. ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى . وكانت الحرب العالمية الأولى هى المناسبة التى واتت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها فى قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز فى مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً فى سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد (٢) . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى فى هذا المعنى (٣).

---

(١) نقض مدنى فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ يونية سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ — ٣ — ١٧ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى فى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ — ٣ — ٢ — وفى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ — ٣ — ٣٣ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ٣ — ١٠٨ .

وقد أخذ القضاء الإدارى — دون القضاء المدنى — بنظرية الحوادث الطارئة لسببين :

(السبب الأول) أن الأقضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالا وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هى تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدنى فالكثرة الغالبة من أقضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة . فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى. فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف. أما القضاء المدنى فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة. وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرهق، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أقضية إدارية — كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة ، بل كما هى الحال الآن إذ القضاء المدنى فى مصر لا يزال مختصاً بالنظر فى أقضية إدارية مشتركاً فى ذلك مع مجلس الدولة — فإنه ينزع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأقضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية توريد الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها — والقضية التى تنظرها قضية إدارية —

أن تسير وراء مجلس الدولة فى فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها .

وقد جد فى مصر ، لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإدارى ، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدنى . (والثانى) ظهور القانون المدنى الجديد ، وقد وجد فيه القضاء المدنى ذاته النص الذى كان يتلمسه للأخذ بالنظرية .

٤١٩ — ظهورها أخيراً فى القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية الحوادث الطارئة تنتعش فى السنين الأخيرة ، حتى فى دائرة القانون الخاص. فبدأت تظهر فى التقنينات الحديثة . ظهرت فى قانون الالتزامات البولونى ، ثم فى القانون المدنى الإيطالى الجديد ، ثم فى القانون المدنى المصرى الجديد(١) .

أما قانون الالتزامات البولونى فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص فى المادة ٢٦٩ على ما يأتى : «إذا جدت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لمبادىء حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد» .

ثم تلى قانون الالتزامات البولونى القانون المدنى الإيطالى الجديد ، فنص فى المادة ١٤٦٧ على ما يأتى : «فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد . وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» .

---

(١) أنظر فى هذه النظرية فى القانون الإنجليزى مقالا للأستاذ ليفى أولمان فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ — ورسالة الدكتور حامد زكى (باشا) فى نظرية الحوادث الطارئة فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٣٠ .

وثالث التقنينات الحديثة التى اشتملت على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة هو القانون المدنى المصرى الجديد . وقد مر بنا النص الذى وضعه لهذه النظرية فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

ونرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنينات الحديثة . وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنينات أوردت نصاً عاماً يقررها(١).

ب — نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المدنى الجديد

٤٢٠ — شروط تطبيق النظرية : لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة ، نبسطها فيما يلى . ولم يأخذ القانون المدنى الجديد بالشرط الأول منها :

(أولا) أن يكون العقد الذى تثار النظرية فى شأنه متراخياً : ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد — وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه النظرية — يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير متراخ . وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا آثر القانون المصرى — مقتدياً فى ذلك بالقانون البولونى — أن يسكت عن شرط

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «وقد استحدث المشروع ... حكما بالغ الأهمية ، إذ استثنى مبدأ الطوارىء غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد بادر القضاء الإدارى فى فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى فى هذا السبيل قدماً مخالفاً فى ذلك ما جرى عليه القضاء المدنى . ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدنى فى فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارىء غير المتوقعة ، وألغت فى هذه المناسبة حكما أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأى . وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولونى (م٢٦٩) فيما أورد من أحكام تشريعية فى هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين : (١) فيراعى من ناحية أنه رسم فى وضوح ما يفرق بين حالة الطوارىء غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففى الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلا ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هى التى تتحقق فيها هذه الاستحالة . (ب) ويراعى من ناحية أخرى أنه قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط التوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره ، فى بعض ما ساق من تطبيقات ، فخلط بذلك بين العلة والمعلول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠) .

التراخي فهو شرط غالب ، لا شرط ضروري . أما القانون الإيطالي فقد نص على الشرط ، بل عدد أنواع العقود التي تطبق فيها النظرية ، فهي العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدوري (وهذه هي العقود الزمنية التي مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود في أن هناك فاصلا زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهي عقود متراخية[1]

(ثانياً) أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامه . مثل ذلك زلزال ، أو حرب ، أو إضراب مفاجيء ، أو قيام تسعيرة رسمية ، أو إلغاؤها ، أو ارتفاع باهظ في الأسعار ، أو نزول فاحش فيها ، أو استيلاء إداري ، أو وباء ينتشر ، أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها . ولم يأت النص المصري بأمثلة ، تاركاً ذلك للفقه والعمل . وكذلك فعل القانون الإيطالي . أما القانون البولوني فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً .

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية ، كما فعل القانونان البولوني والإيطالي . ولكن لجنة المراجعة ، رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد ، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . «والمراد بإضافة هذا الوصف — كما قيل في اللجنة — أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض ، أو غارة غير منتظرة للجراد ، أو انتشار وباء[2] » . ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين — كإفلاسه أو موته أو اضطراب

---

(١) أنظر الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص ١٦٣ — ص ١٦٦ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٥ — هذا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ .

أعماله أو حريق محصوله — لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة(١) .

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، فقيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة(٢) ، وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث فى الوسع توقعها (٣). ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه ، فإن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا : وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان فى أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أما الحادث الطارىء فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويترتب على هذا الفرق فى الشروط فرق فى الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضى فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه (٤) ، أما الحادث الطارىء فلا يقضى الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع

---

(١) أنظر ما دار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش — وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

(٢) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر .

(٣) أنظر ما دار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قيل فى هذه اللجنة وفى لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما الفيضان العالى غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس فى الوسع توقعها (أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٤) .

(٤) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، فالمدين الذى انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة يتحمل التبعة فى صورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه ، إلا أن العقد يفسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذى كان فيه هذا المدين دائناً ، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الفسخ .

الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث (١) .

والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارىء معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ، فإن التعامل مكسب وخسارة .

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد . فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته. نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه ، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها ، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هى شىء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها. فإذا التزم تاجر

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن تستبين وجوه التفرقة بين النظريتين . فالطارىء غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم . ولكنه يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء . فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة. أما الطارىء غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح لحادث طارىء أضعافاً مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها فى الصفقة التى أبرمها . أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعى بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين(١) .

٤٢١ — الجزاء فى نظرية الظروف الطارئة : إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، وجاز القاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك(٢) . وكان المشروع النهائى القانون الجديد ينص على أن القاضى « ينقص » الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادى وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، توخياً للدقة فى تحرى هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائى ، فيصبح على القاضى أن « يرد » الالتزام المرهق إلى الحد المعقول(٣) . وهذا التعديل قد أزال كل شك فى أن القاضى مطلق اليد فى معالجة الموقف الذى يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق .

قد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير(٤) . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارىء ارتفاعاً فاحشاً

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦ .

(٢) هذه هى العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ — ص ٢٨٦ — أنظر أيضاً آنفاً فقرة ٤١٤ (فى الهامش) .

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد ، فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى(١) .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق . وقد ضرب لذلك مثل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضى السعر الوارد فى العقد(٢) » . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضى لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله ، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحمله المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف . فإذا فرضنا فى المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف فى سعر الشعير هو عشرون قرشاً ، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك — ويبلغ فى مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه فى الخسارة غير المتوقعة ، فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضى السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه . (والأمر الثانى) ان القاضى عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشترى بهذا السعر ، بل يخيره بين أن يشترى به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين ، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء .

---

(١) قارب من ذلك نظرة الميسرة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٦ فقرة ثانية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٥ .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية . ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارىء : حرب منعت استيراد السكر . أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه ، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارىء ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل(١) .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول . فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارىء بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . ويعالج القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى — كما

---

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص٥٥٨ .

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ « إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة ، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٤ — وأنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش) .

رأينا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون — بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق فى أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة . وقد أراد القانون الإيطالى بالطريقة التى اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضى ، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد (١).

ويبقى أن نلاحظ فى شأن الجزاء الذى قرره القانون المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام . فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه . وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال . «ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك(٢)» . (٢) أن مهمة

(١) والجزاء الذى جعله القانون المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة — وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول — هو كما تراه جزاء مرن ييسر على القاضى أن يعالج كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين . ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً، بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكم القاضى . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وإذا كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى. بيد أن المشروع قد جهد فى أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار ، فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها فى تحديد الطارىء غير المتوقع وفى إعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه. فلم يترك أمر هذا الطارىء للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً، كما فعل القانون البولونى فى نصه على إثبات خيار المحكمة فى هذا الصدد إذا رأت ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك» ، (وقد استبدل بها فى لجنة المراجعة عبارة «تبعاً للظروف» وهى لا تقل فى الموضوعية) بديلا من هذا النص . وهى عبارة تحمل فى ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعى النزعة . وفضلا عن ذلك فإذا تثبت القاضى من قيام الطارىء غير المتوقع ، وعمد إلى إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذى أصبح يجاوز السعة ، فهو ينقص منه إلى «الحد المعقول» ، وهذا قيد آخر مادى الصبغة لا نظير له فى التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠ — ص ٢٨١) .

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة فى لجنة المراجعة ، وروعى فى إثباتها أن الجزاء قد يغدو صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه ، فيستطيع المتعاقد القوى أن يملى شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف ، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) . وإذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أولى) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارىء وهو أقل خطراً من القوة القاهرة ، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً ، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارىء فنادرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها . =

القاضى فى توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله(١) .

٤٢٢ — تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة فى القانون الجديد :

ولم يقتصر القانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية فى حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد ، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما ، نص فى نظرة الميسرة (٢)، والآخر فى جواز تخفيض أجر الوكيل (٣).

واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهى تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة. من ذلك ما نراه فى عقد الإيجار (٤)،

= هذا ويجوز للمدين المرهق ، بعد وقوع الحادث الطارىء ، أن يتفق مع دائنه على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين . فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه فى التمسك بالحادث الطارىء ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملا غير منقوص.

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارىء غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وهذا النص قد يكون فى بعض صوره تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا وقف القاضى تنفيذ العقد لحادث طارىء ، وقد مرت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا اتفق على أجر الوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص فى بعض صوره تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارىء يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلا » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم إذا =

وفى عقد المقاولة (١) ، وفى حق الارتفاق (٢) .

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التى وردت فى شأنها ، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة فى نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط فى أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارىء حادثاً عاماً ، بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزاء فى أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣ — سريان الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من حيث الزمان : وقد رأينا فيما قدمناه أن القانون القديم لم يكن يشتمل على نص فى نظرية الحوادث

= اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك » . وتنص المادة ٦٠١ على أنه « إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفى هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة فى المادة ٥٦٣ وأن يكون طلب إنهاء العقد فى مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر » . أنظر أيضاً م ٦١٦ فقرة ٢ فى إيجار الأراضى الزراعية — ويلاحظ أن الحوادث الطارئة فى هذه الحالات جميعها هى حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه « إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » — ويلاحظ هنا أن الحادث الطارىء هو حادث استثنائى عام ، كما تقضى بذلك نظرية الحوادث الطارئة ، ولكن النص أجاز للقاضى فسخ العقد على خلاف ما تقضى به هذه النظرية .

(٢) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الموضع الذى عين أصلا (لاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق » . وتنص المادة ١٠٢٩ على أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و١٠٢٥ — وهنا الحادث الطارىء هو حادث شخصى لا حادث عام .

الطارئة ، وأن القانون الجديد هو الذى استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً . وجب البحث عن مدى سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونميز فى هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى — عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك فى أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد . فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة فى شأنه ، وهذا ما كان القضاء يجرى عليه فى ظل القانون القديم .

الحالة الثانية — عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد : لا شك هنا أيضاً فى أن القانون الجديد هو الذى يسرى ، وتطبق فى شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة — عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى مابعد نفاذ هذا القانون : كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضى بسريان القانون القديم على هذا العقد، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١) . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا ، فإنها تسرى بأثر فورى (effet immédiat) على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذ القانون الجديد، ولا تسرى بأثر رجعى (effet rétro-actif) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون (٢) .

(١) والأصل أن العقد يحكمه القانون الذى انعقد فى ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث انقضاؤه ، حتى أنه لو تكون العقد فى ظل قانون معين ، ثم أنتج أثره أو انقضى فى ظل قانون آخر ، فقانون العقد هو القانون الأول ، ويستبعد القانون الجديد فى تطبيقه الرجعى (rétroactif) وفى تطبيقه الفورى (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) فى تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص ٥٦٠ — وأنظر فى سريان التشريع الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٤٣ — ص ١٤٧) .

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام ، طبق بأثر فورى — لا بأثر رجعى — على الحوادث التى تستجد من وقت سريان هذا القانون . مثل ذلك أن يعدل قانون جديد من السعر الاتفاق للفائدة ، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان القانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التى تستحق منذ سريان هذا القانون . أما الفوائد التى استحقت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعى (أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تخفيض السعر الاتفاق من —

المبحث الثاني

المسئولية العقدية (جزاء العقد)(*)

(La Responsabilité Contractuelle)

٤٢٤ — نطاق المسئولية العقدية[1] : المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية . فالأولى جزاء العقد ، والثانية جزاء العمل غير المشروع . ويعنينا هنا المسئولية العقدية ، أما المسئولية التقصيرية فستكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام .

= ٨./. إلى ٧./. : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ — وأنظر عكس ذلك محكمة النقض الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جازيت دى باليه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحي حجازي ص ١٤٧) .

(*) بعض المراجع : مازو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية — سافاتييه في المسئولية المدنية — بنكاز (ملحق بودرى) جزء ٢ — ديموج في الالتزامات جزء ٦ — بلانيول وريبير وإسمان جزء ١ — بنوابيه مذكرات لقسم الدكتوراه — هنرى مازو مذكرات لقسم الدكتوراه — جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — مينيه (Méynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — فان رن (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ — مارى مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — أميو (Amiot) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ — رابيت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ — ليفبر (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ — إميل بيكيه (Emile Becqué) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ — ص ٣٢٠ — كروزيل (Crouzel) مقال في المجلة العامة سنة ١٩٢٦ ص ١١ وص ٦٥ — هنرى مازو مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ — إسمان مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ وما بعدها — فيني (Vigny) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٤٢ وما بعدها — بيندكس (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ٦٥٧ — جاردينا (Gardenat) تعليق في الأسبوع القانوني (Sem.Jur.) ١٩٣٩ — ١ — ١٠٢ — تونك (Tunc) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ٢٣٥ وما بعدها — صليب سامى بلشا مقال في المحاماة سنة ١٢ عدد ٩ — نصيف زكى بك مقال في المحاماة سنة ١٣ عدد ٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٨ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٦ وما بعدها — الدكتور احمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٦١ وما بعدها .

[1] سنحدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر ما يلي فقرة ٥١٣) .

وقيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . فى هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : «ينفذ الالتزام جبراً على المدين» . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : «يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً» . فإذا أمكن التنفيذ العينى — وطلبه الدائن — أجبر المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسئولية العقدية ، إذ نحن فى صدد التنفيذ العينى للالتزام لا فى صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العينى — أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العينى — ففى هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسئولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتعويض . فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى . وتجيب المادة ٢١٥ — وهى نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ومن ثم وضعت فى الباب المعقود لآثار الالتزام — بأنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه» . فما هى إذن الأركان التى تقوم عليها المسئولية العقدية ؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشتمل عليها المسئولية العقدية .

ويتبين مما تقدم أن المسئولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العينى للالتزام العقدى(١) . وهى أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبى . وإنما تتحقق المسئولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبى .

٤٢٥ — تشتت مسائل المسئولية العقدية — خطة البحث : ومسائل المسئولية العقدية على النحو الذى بسطناه موزعة فى أمكنة متفرقة ونحن نلم شتاتها هنا . ولكنا مع ذلك نترك الكلام فى التمييز بينها وبين المسئولية

---

(١) ويترتب على ذلك ألا قيام للمسئولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدى هو دفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العينى هنا ممكن دائماً ، ولا محل للمسئولية العقدية (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧) .

التقصيرية . وهل تتعدد المسئوليتان ، وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا ، إلى باب العمل غير المشروع . ونترك كذلك الكلام فى تقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً ، وما يسبق استحقاق التعويض من إعذار . إلى الجزء الذى نتناول فيه الكلام فى آثار الالتزام(١) .

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا . ولكنا — توخيا للإيجاز — سندمج آثار المسئولية العقدية فى أركانها . على خلاف الخطة التى سنتبعها فى المسئولية التقصيرية إذ يقتضى المقام هناك الإسهاب والتبسط .

وأركان المسئولية العقدية — كأركان المسئولية التقصيرية — ثلاثة : (١) الخطأ العقدى . (٢) الضرر . (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ونبحثها الآن ركناً ركناً .

المطلب الأول

الخطأ العقدى

(La faute contractuelle)

٤٣٦ — مسائل ثلاث : الأصل أن يكون المدين مسئولا عن خطأه الشخصى . ولكنه قد يكون مسئولا عن عمل الغير أو عن الأشياء التى فى حراسته ، كما هو الأمر فى المسئولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فنحن نبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى . (٢) المسئولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

---

(٢) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تسرى على المسئولية العقدية . نستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال فى المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التى نقررها فى المسئولية العقدية . فمن المسائل التى تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسئولية : علاقة السببية والسبب الأجنبى — السبب المنتج والسبب المباشر — دعوى المسئولية — تقدير الضرر — التأمين من المسئولية ألخ ألخ.

§ ١ — الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى

٤٢٧ — ماهو الخطأ العقدى : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد . فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة فى هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧ فقرة أولى : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه» . وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى : «ينفذ الالتزام جبراً على المدين» . وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى : « يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . وتقول المادة ٢١٥ : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه » .

فإذا لم يقم المدين فى العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدى . ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده ، أو عن إهماله ، أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال) . بل إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدى ، فإن علاقة السببية — وهى ركن فى المسئولية العقدية — تنعدم ، ولا تتحقق المسئولية على ما سنرى . وعلى هذا الوجه ينبغى فهم المادة ٣٧٣ ، وهى تنص على أنه «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه» . فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدى ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشىء عن العقد ، أيا كان السبب فى ذلك .

٤٢٨ — نوعان من الالتزامات : الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية : ولكن يجب فى هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات . فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام .

فالالتزام بنقل حق عيني — أياً كان محل الحق — والالتزام بعمل معين — تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك — والالتزام بالامتناع عن عمل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة ، هى نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية — أياً كان السبب فى ذلك — بقى الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة (obligation de résultat)، ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية» .

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته . والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . فتى بذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود . فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة أولى) . وعلى المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة أولى) . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) . وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام فى عمومه ، فنصت على ما يأتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن

المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم(١) » . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود — ٢ — ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله فى شؤونه الخاصة ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك . وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وفى لجنة المراجعة أضيفت العبارة الآتية فى آخر الفقرة الأولى : « هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة الثانية اكتفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بعض تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣١ — ص ٥٣٤) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين . تنتظم أولاهما ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشىء أو إدارته أو توخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة اخرى ما يتصل الإلزام فيه بسلوك الملتزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام . والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد ، فهى بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف فى عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيا كان مبلغ تشدده أو اعتداله أو تساهله فى العناية بشؤون نفسه . على أن نية المتعاقدين قد تنصرف إلى العدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين . ومن ذلك ما يقع فى الوكالة والوديعة غير المأجورة . فغالباً ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منهما بشؤونه الخاصة ، دون أن تجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى نقيض ذلك يقصد فى عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين بذل ما يبذل من العناية فى شؤونه الخاصة ، على ألا يقصر فى ذلك عن درجة العناية الوسطى . ومتى تقررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير فى بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفا ، خطأ يرتب مسئولية المدين . ومهما يكن من أمر فمن المسلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتى من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٢ — ص ٥٣٣) .

بعبارة (obligation de moyen) أو بعبارة (obligation générale de prudence et diligence) ونسميه نحن « الالتزام ببذل عناية (١)» .

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشيء من العقد ، وجب أن نميز فى هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية(٢) . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة(٣) .

٤٢٩ — إثبات الخطأ العقدى : والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه (م ٣٨٩) . ولكن مجال

(١) وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، وهو التزام قانونى ، التزام ببذل عناية . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير ، وهو أيضاً التزام قانونى ، التزام بغاية .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٩ — ٢ والحواشى والمراجع المشار إليها فى هذه الفقرة . وعند مازو يكون خطأ عقدياً فى الالتزام بغاية ألا ينفذ المدين التزامه عمداً أو بإهماله أو بغير خطأ منه . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبى هى انعدام الخطأ (absence de faute) ، وما لم يوجد سبب أجنبى فالخطأ العقدى قائم ليغطى منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ العقدى يكون قائماً حتى مع وجود السبب الأجنبى ، فالسبب الأجنبى لا ينفى الخطأ بل ينفى علاقة السببية كما هو معروف . (أنظر الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٩٣ — ص ٩٦) — ويقول مازو إن معيار الخطأ العقدى فى الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيرى ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، وسنرى أن هذا هو أيضاً معيار الخطأ التقصيرى (مازو ١ فقرة ٦٧٣ — ٢) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية هذا المذهب فى حكم حديث لها جاء فيه ما يأتى : «إن الخطأ فى المسئولية التعاقدية هو بذاته واقعة الإخلال التى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به . وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هى كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذى تبنى عليه مسئولية الملتزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بثبوته ، فإنه بالنسبة للالتزام بغاية — ومثله كما هو مقرر فقها الالتزام الضمنى فى عقد النقل بسلامة الراكب فى أثنائه — ينحصر فى مجرد فعل الإخلال ذاته أى عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم ، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التى تعهد بها ، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومطابقته لما يسلكه الرجل الحريص (استئناف اسكندرية فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) .

تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً . فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (العقد مثلا) ، فإذا ادعى المدين أنه نفذه فعليه هو أن يثبت ذلك ، وإلا حكم عليه بالتنفيذ العينى . أما فى إثبات الخطأ العقدى فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذى يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه(١). فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للخطأ العقدى على النحو الذى أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن يثبت الضرر ، وكانت علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سنرى ، فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذى أصابه يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات ، فاستحق التعويض ، وهذا ما لم ينف المدين السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبى .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

فى الالتزام بغاية ، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، يثبت الدائن — وهو هنا المشترى — عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك فى جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما فى وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشترى فلم يستطع ، لأنه ملتزم بتحقيق غاية . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت فى جانبه ومسئوليته العقدية متحققة . ولا نقول هنا — كما كان يقال عادة — إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدى مفروضاً فى جانبه ، بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدى ، وقد أثبته الدائن ، فليس هو بالخطأ المفروض فى جانب المدين ، بل هو خطأ ثابت(٢). وللبائع ، عند ما يثبت المشترى عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشترى يثبت الخطأ العقدى على النحو الذى بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشترى فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى .

---

(١) مازو ١ فقرة ٦٩٤ والمراجع المشار إليها فى هذه الفقرة .

(٢) مازو ١ فقرة ٦٦٢ — ٢ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠ .

وفى الالتزام بعناية ، كالتزام الطبيب بعلاج المريض(١) ، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه —وهذا هو العقد الصريح أو الضمنى— ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل فى علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت على الطبيب إهمالا معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدى . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبى ، فتنعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً، عندما يثبت المريض العقد، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدى ، بل ينتقل من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه فى علاج المريض (٢) .

---

(١) التزام الطبيب بعلاج المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هى شفاء المريض ، بل هو التزام ببذل العناية الواجبة فى علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٤٧ — الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٨٩ — ص٩٧— ومع ذلك قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٩٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٢ وفقرة ٣١٥ — فقرة ٣٢١ .

وأصحاب الرأى الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدين ، سواء كان ذلك فى نطاق التنفيذ العينى أو كان فى نطاق المسئولية العقدية . فالدائن يثبت الالتزام . وعلى المدين بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العينى أو بالتعويض . غير أنه فى الالتزام ببذل عناية ، إذا عجز المدين عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه ، فالغالب أن التنفيذ العينى يصبح مستحيلا ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فالمدين فى المسئولية العقدية هو الذى يقع عليه إذن عبء الإثبات . أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب فى ذمة الناس كافة ، فمن المعقول أن نفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدى فهو إخلال بالتزام عقدى مترتب فى ذمة مدين بالذات ، فعلى هذا المدين أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة فى الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ العينى أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فإن أثره محدود من الناحية العملية . ففى العمل يبدأ الدائن بإثبات الالتزام . ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت المدين أنه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبادىء المدين مقدما ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدين من جهته لاينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، =

٤٣٠ — نظرية مهجورة — تدرج الخطأ (gradation des fautes) :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به — وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص معتاد — وخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم — وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير — وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الرومانى ، وهى ليست منه ، بل هى من خلق القانون الفرنسى القديم . نرى دوما يرسم خطوطها الرئيسية(١)، ونراها مبسوطة بوضوح عند بوتييه(٢) . ولكنها هجرت فى القانون الحديث. وهى نظرية منتقدة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ، فهى لا محل لتطبيقها فى الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدى فى هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدى فى جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه. وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيما . وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً. وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً .

= بل يتقدم بأدلته هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام. وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلته ، والقاضى يوازن ما بينها ، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر . فإن كان هو الدائن ، حكم له بالتنفيذ العينى أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه . وإن كان هو المدين ، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام . (قارن مازو ١ ص ٦٤٥ — ص ٦٥٣) .

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه . فالخطأ العقدي قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطأه في جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك ، فقلنا إن المدين قد يتعمد عدم تنفيذ التزامه بسبب أجنبي كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدي قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنتفي بوجود السبب الأجنبي ، فتنعدم المسئولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذي يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدني الفرنسي ، هما المادتان ١١٤٧و١١٣٧ ، تناقض ظاهري لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه . والمادة ١١٣٧ تقضي بأن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد . ولا تناقض ما بين النصين كما قدمنا . فلكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر في عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدي . وهذا صحيح ، وهو يصدق في الالتزام بغاية وفي الالتزام بعناية . ويكون المدين مسئولا عن هذا الخطأ إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . أما المادة ١١٣٧ فهي لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هي تحدد مدى التزام المدين في الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هي في الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تنطبق إذن على جميع الالتزامات ، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية في ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية. والمادة١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية ، وتتناولها لا لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام(١) . وقد أتى القانون المصري الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي(٢) . فالمادة ٢١٥ تقضي بأن المدين يحكم

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٦٥٩ — فقرة ٦٦١ ، وانظر في هامش فقرة ٦٥٩ عرضاً للآراء المختلفة في محاولة التوفيق ما بين النصين — الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ — ص ١٠٠ — وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ .

(٢) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصي القانون الفرنسي المتقدم ذكرهما ، وإن كان قد أورد في بعض نصوصه ما يفيد أن المدين لا يكون مسئولا عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ بخطأ منه (أنظر المواد ١١٩ /١٧٧و١٧٧ — ١٧٨/=

عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن القانون المصري الجديد(١) . فقد جاء واضحاً كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد (م٢١١) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلا في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل

= ٢٤٠ — ٢٤١) . ولكن الفقه والقضاء في مصر ، في ظل القانون القديم ، كانا يفسران هذه النصوص بما تفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه في العقد يعد خطأ في جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ١٠٧ — ص ١١٢) .

(١) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصاً كنص المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلا المادتان ٣٧٦/ ٤٦١ في الإيجار والمادتان ٤٨٢/٥٩٠ في الوديعة) ، ويطلب طوراً العناية التامة فيحاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلا المواد ٤٦٨ — ٤٦٩/٥٦٩ — ٥٧١ في عارية الاستعمال) ، فلم يكن واضحاً لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في نفيها .

المعتاد كما رأينا فيما تقدم (١) . كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية إلا إذا ثبت فى جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧ فقرة ٢) . وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى الإعفاء من المسئولية (٢) .

§ ٢ — المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

ا — المسئولية العقدية عن الغير :

٤٣١ — نطاق المسئولية العقدية عن الغير: المسئولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى . فيوجد إذن: ١) المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى. ٢) والمضرور وهو الدائن فى هذا الالتزام. ٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر : المسئول هنا هو المستأجر ، والمضرور هو المؤجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلى ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك

---

(١) أنظر مثلا المادة ٥٢١ فى الشركة ، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ فى الإيجار ، والمادة ٦٤١ فى العارية ، والمادة ٦٨٥ فى عقد العمل ، والمادة ٧٠٤ فى الوكالة ، والمادة ٧٢٠ فى الوديعة .

(٢) وهذه بعض أمثلة تشريعية من القانون الجديد للمسئولية العقدية فى بعض العقود المسماة : عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بغاية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ — والتزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية هو التزام بغاية م ٤٣٩ و ٤٤٧) — عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بعناية م ٥٨٣ — والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بغاية م ٥٨٤ — والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بغاية م ٥٩٠) — عقد العارية (التزام المعير بتسليم العين التزام بغاية م ٦٣٦ — والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بعناية م ٦٤١ — والتزام المستعير برد العين التزام بغاية م ٦٤٢) — عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بعناية م ٧٠٤) — عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بعناية م ٧٢٠ — والتزام المودع عنده برد العين التزام بغاية م ٧٢٢) — عقد رهن الحيازة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون التزام بعناية والتزامه برده التزام بغاية م ١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معاً) .

أن هناك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح ، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح ، فذلك لأن مسئولية المسئول نحو المضرور هى مسئولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسئولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذى أحدث الضرر ، لا بين المسئول والمضرور ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضرور فى أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسئولية تقصيرية لا عقدية ، سنفصلها فى مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولا مسئولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن المسئول ، المفاوضة فى عقد، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسئولية عن الغير هنا لا تكون عقدية ، لأن العقد بين المسئول والمضرور لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات . ويجوز أن تقوم فى هذا المثل مسئولية تقصيرية ، هى مسئولية المتبوع عن تابعه ، إذا توافرت أركانها. وإذا انعقد العقد غير صحيح فى المثل الذى نحن بصدده، فإن المسئولية لا تكون هنا أيضاً مسئولية عقدية . إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسئولية — إذا تحققت — من العقد ، بل تكون مسئولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذى أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب فى البطلان ، فيكون مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولا عنه مسئولية تقصيرية هى مسئولية المتبوع عن التابع . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضرور .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه فى تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه فى ذلك ، فإن تدخله فى الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسئولية المدين، ولكن هذه المسئولية تكون مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير. فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد ، فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم ، حتى لو كانوا

مستأجرين من نفس المؤجر(١)، فى انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك ، فإن مسئولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسئولية عقدية، ولكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبي ، فعندئذ تنتفى مسئولية المؤجر بتاتاً . كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين ، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد ممن يسكن معه ، ومسئوليته فى الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولا عن الغير مسئولية عقدية . مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن نائبه فى تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولى أو الوصى أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولى أو الوصى أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير .

٤٣٢ — نصوص القانون المدنى الجديد الواردة فى المسئولية العقدية

عن الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن الغير ، على غرار النص الذى يقرر القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية عن عمل الغير(٢) . ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتى : «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم .ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه» . ونقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فما دام

(١) أنظر المادة ٥٧١ فقرة ٢ من القانون المدنى الجديد .

(٢) وهو نص المادة ١٧٤ التى يقرر مسئولية المتبوع عن تابعه .

أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الخطأ الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو فى الأصل مسئولا عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيستطيع بالاتفاق أن ينفى عنه هذه المسئولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً . هو أن المدين مسئول مسئولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه العقدى .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ فى صدد عقود مختلفة :

من ذلك عقد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتى : «١ — على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع . ٢ — ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر». ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عمن تلقوا الحق منه إنما هى مسئولية عقدية عن عمل شخصى ، أما مسئوليته عن الأعمال التى تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهى مسئولية عقدية عن عمل الغير (١).

وفى عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتى : «١ — يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ — ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل ». فهذا نص صريح فى مسئولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير .

وفى عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتى : «إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ،

(١) أنظر أيضا فى مسئولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار المواد ٥٩٥ — ٥٩٧ .

ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية» وهنا أيضاً نص صريح فى مسئولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل ، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير .

٤٣٣ — شروط المسئولية العقدية عن الغير وأحكامها :ويتبين مما تقدم أن الغير الذى يكون المدين مسئولا عنه هو كل من كان مكلفاً — اتفاقاً أو قانوناً — بتنفيذ العقد . فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولا عنهم نحو رب العمل . والمستأجر من الباطن والمتنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولا عنهما نحو المؤجر . وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتتابعون يكون أمين النقل الأصلى مسئولا عنهم نحو العميل . والبواب يكون صاحب المنزل مسئولا عنه نحو المستأجرين (١) . ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولا عنه نحو الموكل . والولى والوصى والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولا عنهم نحو المتعاقد الآخر . وبوجه عام كل من كلف ، اتفاقاً أو قانوناً ، بالحلول محل المدين فى تنفيذ الالتزام ، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصى ، أو بمساعدته فى تنفيذه ، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين، يكون هو «الغير» فى المسئولية العقدية عن الغير . ولا يشترط فى الغير هنا ، كما يشترط فى فى المسئولية التقصيرية ، أن يكون تابعاً ، فقد رأينا أن الولى والوصى والقيم يعتبرون «غيراً» فى هذه المسئولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» فى المسئولية التقصيرية .

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه ، على النحو الذى سنراه فى مسئولية المتبوع عن التابع . وخطأ الغير فى الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها ، وفى الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة ، فخطأه هو وخطأ الأصيل سواء .

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسئولية العقدية عن الغير ، ويصبح المدين مسئولا عن خطأ الغير الذى استخدمه فى تنفيذ التزامه . واختلف فى الأساس الذى تبنى عليه هذه المسئولية . فمنهم من يقيمها على خطأ مفروض

---

(١) أنظر فى المسئولية العقدية عن البواب ، فى صدد مسألتين هامتين هما سرقة المنزل وضياع المراسلات ، مازو ١ فقرة ٩٩٧ — ٢ .

فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة . ومنهم من يبنيها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف حينه نجده فى تأصيل مسئولية المتبوع عن التابع . وسنتكلم فيه هناك بالتفصيل .

وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسئولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثانى إما بالمسئولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد ، وإما بالمسئولية التقصيرية إذا كان الثانى مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون .

ب — المسئولية العقدية عن الأشياء :

٤٣٤ — نطاق المسئولية العقدية عن الأشياء : إذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى « فعل الشىء » (fait de la chose) ، أى إلى تدخل إيجابى من شىء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسئولية التقصيرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولا مسئولية عقدية ولكن لا عن « فعله الشخصى » بل عن « فعل الشىء » . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

(١) يسلم المدين الشىء محل العقد للدائن — البائع يسلم الآلة المبيعة للمشترى فتنفجر الآلة فى يد المشترى وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله . هنا يصبح البائع مسئولا بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها ، بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة . فيكون البائع مسئولا مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشىء .

(٢) يكون المدين مسئولا عن رد الشىء محل العقد للدائن ، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شىء آخر فى حراسة المستأجر — كمواد متفجرة — تدخلا إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشىء ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشىء ، والشىء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤذى هذا الشيء الدائن ، ويكون المدين مسئولا عن سلامة الدائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل، ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة، قطار أو سيارة أو طيارة أو غير ذلك ، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطيارة ، فيصاب الراكب بالضرر. هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب، إذ هو ملتزم بسلامته، فيكون مسئولا مسئولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء .

٤٣٥ — المسئولية العقدية عن الأشياء والمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى تحكمها قواعد واحدة : والفروض الثلاثة التى قدمناها لا فرق فى الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصى . فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية . وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصى أو إلى فعل شيء فى حراسته، فمسئوليته متحققة فى الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها فى كل منهما . ويعتبر «فعل الشيء» فى الفروض المتقدمة هو فعل شخصى للمتعاقد ، لأن الشيء فى حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هى كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصى (١)

٣ § — تعديل قواعد المسئولية العقدية

٤٣٦ — تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق التأمين على المسئولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية . ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم فى تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد . فيستوى التأمين فى المسئوليتين . وتستوى قواعد التأمين أيضاً ، وسنفصلها عند الكلام فى المسئولية التقصيرية .

٤٣٧ — تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق الاتفاق — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

---

(١) أنظر فى الموضوع مازو ٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٤١ .

«١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة» .

«٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه» .

«٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (١)» .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ — بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة فى الالتزام ببذل عناية هى عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف — على ما يأتى : «وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم» . وقد سبق ذكر النص بأكمله(٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف لفظى طفيف . وقد أدخل هذا التعديل اللفظى فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ — ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن . فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على نقيض ذلك ، باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لايجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، أياً كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته النظام العام . على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيما ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨ — وأنظر تاريخ النص فى هامش هذه الفقرة .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء فى مصر يجريان عليه من المبادىء فى شأن التعديل الاتفاقى من قواعد المسئولية العقدية ، وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيدها فى نصوص تشريعية.

٤٣٨ — الأصل هو الحرية فى تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق:
ولما كانت المسئولية العقدية منشأها العقد. وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هى إذن أساس المسئولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هى التى أنشأت قواعد هذه المسئولية . فإن لها أن تعدلها . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين فى تعديل قواعد المسئولية العقدية ، وذلك فى حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسئولية التقصيرية فهى ليست وليدة الإرادة الحرة ، بل هى حكم القانون . وسنرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق ، كما جاز فى المسئولية العقدية .

٤٣٩ — الأحكام التى قررتها النصوص فى جواز تعديل المسئولية العقدية بالاتفاق :والأحكام التى قررتها النصوص ، والتى كان الفقه والقضاء فى مصر يجريان عليها فى غير اضطراد فاستقرت بعد أن قننتها نصوص تشريعية ، يمكن ردها إلى مبدأين رئيسيين :

المبدأ الأول :يقضى بحرية المتعاقدين فى التعديل من قواعد المسئولية العقدية. فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسئولية ، بأن يُجعل المدين مسئولا حتى عن السبب الأجنبى . ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن(١) . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بألا يُجعل المدين مسئولا حتى عن تقصيره .

والمبدأ الثانى : يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين، فلا يجوز التخفيف من المسئولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من

(١) استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ .

المسئولية عن الفعل العمد فى عدم تنفيذ التزامه العقدى ، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز. والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد، ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيما ، فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض(١) .

٤٤٠ — تحليل لهذه الأحكام وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام بعناية: وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسئولية

---

(١) استئناف مختلط فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ — وفى ١٦ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ — والتون ٢ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ — الدكتور عبد السلام ذهنى بك فقرة ٢٧٣ — الدكتور محمد صالح بك فى أصول التعهدات فقرة ٤٧ .

وفى عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسئولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط فى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣) . وكان من شأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابييه (Rabier) (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسئولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص٤٥ — قارن استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ — أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلطة على حكم قانون رابييه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التشديد فى مسئولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر فى هذه الاعتبارات والتون٢ ص ٢٨٠ —ص٢٨٣) .وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسئولية فى عقود النقل .

أما الإعفاء الاتفاقى من المسئولية العقدية عن عمل الغير فى الخطأ اليسير فجائز فى مصر فى القضاء والفقه (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦م ٨ ص ١٩٨ — والتون ٢ ص٢٧٢ — ص ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيما أو عمديا ، فكان القضاء فى مصر لا يجيز الإعفاء من المسئولية (استئناف مختلط فى ١٦ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ، ويجيزه الفقه فى الخطأ الجسيم (والتون٢ص ٢٧١ —ص٢٧٢)، والقانون المدنى الجديد يجيزه حتى فى العمد كما بينا (قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧) . هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالمدير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها .

العقدية ، رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدى . وتتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً(١) .

ففي الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، لا ترتفع مسئولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون المدين مسئولا عن الفعل العمد ، وعن أى خطأ ، جسيما كان أو يسيراً أو تافهاً ، بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية حتى تشمل المسئولية عن السبب الأجنبي ، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية في أدنى صورة من صوره ، فلا يكون المدين مسئولا عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون المدين مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً (٢) . وقد يتدرج المدين في التخفف من المسئولية ، فيشترط إعفاءه من المسئولية عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون

---

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تتدرج المسئولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه ، هو القدر الذى يصلح للبقاء في رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذى قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذى ظهر فساده وكان السبب في هجر النظرية .

(٢) ويقع عبء الإثبات في المسئولية العقدية المخففة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسئولية العقدية الكاملة ، فأولى أن يقع في المسئولية المخففة . ففي عقد النقل — حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب ، والتزامه التزام غاية فيكون مسئولا إلا إذا أثبت السبب الأجنبي — إذا اشترط أمين النقل إعفاءه من المسئولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسئولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين النقل مسئولا إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يسيراً ، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل . أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب ، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسئولية يسقط المسئولية العقدية ، فتبقى المسئولية التقصيرية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين النقل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وسنرى عند الكلام في المسئولية التقصيرية أنه لا خيرة بين المسئوليتين ، وأن المسئولية العقدية إذا تحققت لا تفسح للمسئولية التقصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر في هذا الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (فقرة ٤٤١) .

مسئولا إلا إذا أثبت الدائن فى جانبه العمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل فى التخفف من مسئوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك (١) . وقد ورد نص تشريعى فى ضمان استحقاق المبيع ، وهو التزام بغاية ، يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق . أو أن ينقصا منه . أو أن يسقطا هذا الضمان » . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه «يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى » . وكذلك الأمر فى ضمان العيوب الخفية فى المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه » .

وفى الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص، هى عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولا عن السبب الأجنبى ، ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولا عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسئولية ، فيصبح مسئولا عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية ، إذ يصبح المدين مسئولا عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسئولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبى . وقد يشدد فى مسئوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولا حتى عن السبب الأجنبى ، وهـذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد يتخفف من مسئوليته ، فلا يكون مسئولا عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولا عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسئولية عنهما ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير .

---

(١) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ — ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفاءه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغاية ، وأن المهم فى كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبى ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ التافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، يتدرج المدين فى مسئوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية(١) .

٤٤١ — الآثار التى تترتب على شروط الإعفاء من المسئولية العقدية :

إذا كان شرط الإعفاء من المسئولية العقدية صحيحاً على النحو الذى فصلناه ، فإنه يعفى المدين من المسئولية بالقدر الذى يتسع له الشرط . ويبقى المدين مسئولا فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسى — واقتدى به القضاء

---

(١) هذه القواعد التى بسطناها فى الإعفاء الاتفاقى من المسئولية العقدية فى حاجة إلى مزيد من التأمل فى فروض ثلاثة ، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دفعها :

(أ) قد تشترط شركة إعفاءها من المسئولية العقدية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقى المتقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحا لأنه إعفاء من المسئولية عن فعل الغير ، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح . وردنا على ذلك ما قدمناه من أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلا عنها ، بل يعتبر أداة لها (organe) ، فمسئولية الشركة عن فعله تعتبر مسئولية عن فعل شخصى لا عن فعل الغير . فلا يجوز إذن للشركة أن تنفى نفسها من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء .

(ب) تستطيع شركات النقل أن تنفى نفسها من المسئولية عن السرقات التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسئولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

(جـ) يستطيع المدين أن ينفى نفسه من المسئولية العقدية عن الضرر الذى يحدثه بالدائن فى جسمه بخطأه اليسير ، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدم ذكرها ، مع أن هناك ميلا إلى جعل الإعفاء من المسئولية لا يجوز إلا فى الضرر الذى يلحق المال دون الجسم (أنظر مازو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هذا الشرط فى عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض ، فيجوز للقاضى أن يبطله ، وما إذا ورد فى غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسى يعتبر الشرط صحيحاً فى جميع الأحوال . ويحسن ، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر فى شأنه تشريع خاص يواجه ملابساته المختلفة .

المصرى فى ظل القانون القديم — يضيق من أثر شرط الإعفاء . فعنده أن المسئولية التقصيرية تجتمع مع المسئولية العقدية ، وللدائن الخيرة بين هاتين المسئوليتين . فإذا كان هناك شرط يعفى من المسئولية العقدية ، بقيت المسئولية التقصيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ فى جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسئولية العقدية وقد أعفى المدين منها ، بل على أساس المسئولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسئولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام . فكأن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . وهذه النتيجة تلزم من يقول بالخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام فى المسئولية التقصيرية . ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعفى المدين من المسئولية العقدية ، ولا محل للمسئولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك (١) .

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . ويصعب فى كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء ، لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً فى ورقة مطبوعة هى « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » ، أو فى ورقة موضوعة فى مكان غير ظاهر فى فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صعوبتان فى مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء: أولاهما احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلا له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة ، والثانية أن الشرط — بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه — قد يعتبر شرط إذعان تعسفى للقاضى أن يبطله .

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسئولية العقدية باطلا وفقاً للقواعد التى

---

(١) هذا وقد قدمنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسئولية العقدية فى بعض العقود ، وبخاصة فى عقد النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ التافه . فإذا استقام هذا التفسير فى عقد ، جاز القول فى نظرنا إن مسئولية المدين العقدية — لا التقصيرية — تتحقق إذا أثبت الدائن فى جانب المدين خطأ يسيراً . ويكون الخطأ فى هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً (أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ فى الهامش) . ولكن يغلب أن يتناول شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كل ما يمكن الإعفاء منه فى هذه المسئولية ، فيشمل المسئولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه وعن الخطأ اليسير ، دون المسئولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، فهذان لا يجوز الإعفاء من المسئولية عنهما كما قدمنا .

تقدم ذكرها ، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء(١) .

المطلب الثانى

الضرر

(Le préjudice) .

٤٤٢ — عبء إثبات الضرر : الركن الثانى فى المسئولية العقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسئولية فى ذمة المدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدى ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك . فى عقد النقل مثلا ، إذا تأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة ، أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكفى لاستخلاص وجود الضرر ، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر (٢).

ويستثنى من ذلك فوائد النقود . فإذا استحقت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته . بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسئولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت : « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » .

---

(١) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٢ — فقرة ٢٥٦٤ . وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد كله ، ولا يتحقق هذا نادراً .

وتسرى القواعد التى قدمناها فى صورتين تعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسئولية العقدية : (الصورة الأولى) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية ألا تجاوز مسئوليته ، إذا تحققت ، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسئولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلا للضرر ، فهذا هو الشرط الجزائى . (والصورة الثانية) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانونا .

(٢) أنظر فيما يتعلق بعقد النقل مازو ٢ فقرة ١٦٨٢ .

أما الشرط الجزائى فلا يغنى عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٤٤٣ — مسألتاد للبحث: والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً . والتعويض عن الضرر فى المسئولية العقدية محدود المدى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الضرر المادى والضرر الأدبى. (٢) مدى التعويض عن الضرر .

§ ١ — الضرر المادى والضرر الأدبى

٤٤٤ — كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى : قد يصيب الدائن فى المسئولية العقدية ضرر مادى فى ماله أو فى جسمه ، كالمعير لا يستطيع استرداد الشىء المعار ، وكالراكب يؤذى فى سلامته عند النقل . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ولكن قد يكون الضرر ، وهذا نادر فى المسئولية العقدية ، أدبياً يصيب الدائن فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

ويجب على كل حال فى الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هذا الشرط فى الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأدبى .

ا — الضرر المادى (préjudice matériel) :

٤٤٥ — الضرر الحال (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلا . والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سنرى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلا فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب فى الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا

كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته ، فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

٤٤٦ — الضرر المستقبل (préjudice futur): وقد لا يقع الضرر في الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل : مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات يدخرها للمقبل من الأيام ، فيخل المورد بالتزامه نحوه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلا عندما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن المصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بحادث في أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض ، وجب التربص حتى يُعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسنعالج هذه المسألة بتفصيل أوفى في المسئولية التقصيرية .

٤٤٧ — الضرر المحتمل (préjudice éventuel): وقد يكون الضرر محتملا : لا هو قد تحقق فعلا ، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين . فالخلل ضرر حال ، ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق . وسنرى عند الكلام في المسئولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق كما قدمنا ، وتفويت الفرصة ، ويعوض عنه في الحال .

ب — الضرر الأدبي (préjudice moral) :

---

٤٤٨ — أثر على الضرر الأدبي في المسئولية العقدية : سنرى عند الكلام في المسئولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيما يلحق به من

ألم أو يحدث فيه من تشويه ، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً في المسئولية التقصيرية ، فإن وقوعه في المسئولية العقدية نادر . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . وقد يشتري شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً . والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فني ، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً ، قد يرى في هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته . والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

٤٤٩ — جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية :

وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام ، وعن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية التقصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية . ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تجيز هذا التعويض ، وقد ردد دوما وبوتييه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم

القانون الروماني . ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية(١) .

أما في القانون المصري ، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاء (٢) ، وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء» .

٤٥٠ — **إحالة** : وسنستوفى بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسئولية التقصيرية . فما يقال هناك ينطبق هنا ، وبخاصة في تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

§ ٢ — مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ — **الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسئولية العقدية** : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلا ، لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية التقصيرية . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) .

ولكن في المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

«ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

(١) أنظر في الفقه الفرنسي مازو ١ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٤ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ ص ٩٥٩ .

التعاقد(١) » .

ونأتى بمثال يوضح ذلك ننقله عن « نظرية العقد(٢) » : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، وتتلف بعض المفروشات فى أثناء النقل . ثم يكون فى المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينتقل إليه هذا المرض . فالفرق فى الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع . وقيمة المفروشات التى تلفت هى الضرر المباشر غير المتوقع . وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما فى المسئولية التقصيرية . ولا يكون المدين مسئولا عن الضرر غير المباشر أصلا حتى فى المسئولية التقصيرية (٣).

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تعويض

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص فى القانون المدنى القديم المادتان ١٢٢/١٨٠ من هذا القانون ، ويجريان على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين ، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت العقد » .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكون للمسئولية التعاقدية ، فى حالتى الغش والخطأ الجسيم ، حكم المسئولية التقصيرية . أما فى غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية التخلف عن الوفاء بمجردها ، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . فإذا لم يتحقق فى النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها . ويراعى فى هذا الصدد أن توقع المتعاقدين الضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغى أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠٤ ص ٩٥٩ .

(٣) استئناف مختلط فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — نقض فرنسى فى ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيريه ١٩١٧ — ١ — ٣٨ .

فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية ، لم يكن أمين النقل مسئولا قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصي ، لا باعتبارهم ورثة ، فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية. ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم ، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع(١) .

٤٥٢ — ماذا يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع : ويقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر . فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش — أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم — في جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . وينتقد الأستاذان هنري وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولا بالعقد ، حتى لو كان سيء النية في عدم تنفيذه . ويريان أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون(٢).

ونرى من جانبنا أن نتلمس مبرراً للقاعدة في الاعتبارات الآتية : الأصل في المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذي أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضاً معقولا أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار

---

(١) مازو ٣ فقرة ٢٣٧٧ .

(٢) أنظر مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥ — ٣ إلى فقرة ٢٣٧٦ .

الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلا فى حالتى غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين فى هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر ، متوقعاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الذى يعدل من مقدار المسئولية. ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التى سنبسطها الآن فى تحديد الضرر المتوقع .

٤٥٣ — تحديد الضرر المتوقع - توقع سبب الضرر ومقداره - معيار موضوعى : لما كان مفروضاً أن المدين فى المسئولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا ، وجب ، جرياً وراء هذا الفرض المعقول ، أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا فى سببه فحسب ، بل أيضاً فى مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل « طرد » ، ثم ضاع « الطرد » فى الطريق ، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع « الطرد » ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة « للطرد » ، إذ هى لا تسأل إلا عن الضرر الذى كانت تتوقعه فى سببه وفى مقداره (١).

وينبنى أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذى ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر فى هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسئولا عنه ، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد . وهذا هو ما ورد صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما لا يلتزم « إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى . فالضرر المتوقع هو - كما يقول النص - الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة ، أى الضرر

---

(١) نقض فرنسى ٧ يولية سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢١ — ومع ذلك أنظر نقض فرنسى فى ١١ يونية سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ٢ — ٣٢٧ — مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨ .

الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعاً ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل فى تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين الضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره ، فإن الشركة لاتكون مسئولة عن هذا الضرر ، إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلا على تعريفة مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر فى بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه . فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيشترك فى سباق ، أو سيؤدى امتحاناً ، أو سيحضر اجتماعاً هاماً ، أو سيمضى عقداً ، أو سيتقدم فى مزاد ، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التى يجب أن تتم فى وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسئولا عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن التأخر فى الظروف المعتادة . أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبى عنهما معاً ، فإن المعيار الموضوعى للشخص المعتاد هو الذى يطبق فى هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه(١) .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(Lien de causalité)

٤٥٤ — عبء الإثبات : لا يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية

(١) أنظر انتقاداً لقاعدة قصر المسئولية العقدية على الضرر المتوقع فى مازو ٣ فقرة ٢٣٩١ .

ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين . كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب فى هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التى ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذى أصاب الدائن فى هذه الحالة غير ناشىء من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذى يكلف بنفى هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة. فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى فعل الغير . والنص صريح فى هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه (١).

٤٥٥ — إحالة : يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً ، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ ، بل يرجع كما قلمنا إلى سبب أجنبى . كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ، ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام فى السبب الأجنبى ، وفى السبب المنتج والسبب المباشر ، تشترك فيه المسئوليتان العقدية والتقصيرية . لذلك نرجىء بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية ، فنستوفى هناك بحثها تفصيلا .

(١) أنظر أيضاً المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى .

الفصل الثالث

زوال العقد

٤٥٦ — كيف يزول العقد : العقد يزول بالانقضاء (extinction) والانحلال (dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو ينقضى بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها ، وهذا هو مصيره المألوف. ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء فى تنفيذه، فينحل . فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير إبطاله ، كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعى فى جميع الأحوال. والعقد ، فى حالة الإبطال وفى حالة الانحلال بأثر رجعى ، لا يزول فحسب، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبحث الآن كيف ينقضى وكيف ينحل .

٤٥٧ — انقضاء العقد : يجب التمييز هنا بين العقد الفورى والعقد الزمنى .

فالعقد الفورى ، ولو كان مؤجل التنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلا ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التى تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمنى انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن ، لأن الزمن كما قدمنا عنصر

جوهرى فيه . فالإيجار ينقضى بانتهاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل(١) .

٤٥٨ — انحلال العقد : وينحل العقد قبل انقضائه، بل وقبل البدء فى تنفيذه فى كثير من الأحيان، باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقايل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

٤٥٩ — التقايل : قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد. والتقايل يكون بإيجاب وقبول، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر فى العقد الأصلى(٢) . والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعى ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تقايل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشترى ، يعقبه

(١) أنظر فى الإيجار م ٥٦٣ ، وفى الشركة م ٥٢٩ ، وفى عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ — هذا وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التشريعات الخاصة بعقود إيجار المبانى عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار الذى تراعى فيه شخصية المستأجر .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التفاسخ (التقايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، ويحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالفسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى التعاقد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة فى أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كل ما شرطه المشترى فى إنذاره البائع لقبول التفاسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتفاسخ ، وكان الثابت بالحكم أن المشترى تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً فى ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملا الرسوم التى دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشترى أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم فى الأسبوع (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١).

عقد بيع ثان من المشترى إلى البائع . وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعى ، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن .

وسواء كان للتقايل أثر رجعى أو لم يكن له هذا الأثر ، فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل ، عقد ثان أعقب العقد الأول . ويترتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذى حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين ، فالتقايل لا يمس حقوق الغير ، وترجع العين إلى مالكها الأصلى مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلى حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

٤٦٠ — الالغاء بارادة منفردة : وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق فى أن يستقل بإلغاء العقد . نص القانون على ذلك فى عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة .

فنى الوكالة ، يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) ، كما يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفى العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشىء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ فقرة ٣) ، ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها فى أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفى الوديعة ، يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشىء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢) .

وفى المقاولة ، لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م٦٦٣ فقرة ١) .

وفى القرض ، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى

أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤) .

وفى الدخل الدائم ، يجوز استبدال الدخل فى أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة فى ذلك (م ٥٤٦) .

وفى عقد التأمين على الحياة ، يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هـــذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م٧٥٩) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل، أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢) .

وفى الهبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلا . فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع ، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع(م ٥٠٠ — ٥٠٣) . والرجوع فى هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

وفى الشركة ، يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة ، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م٥٣١) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء (١).

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى ثلاثة نصوص فى إلغاء العقد ، حذفتهـــا لجنة المراجعة جميعاً فى المشروع النهائى لأنها تطبيق للقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد) .

وهذه النصوص هى :

م ٢٢٥ من المشروع التمهيدى : لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جميعاً ، وذلك فيما عدا العقود التى تنتهى بموت أحد المتعاقدين .

م ٢٢٦ من المشروع التمهيدى : ١ — ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء —

٤٦١ – الفسخ ووقف التنفيذ : وفي العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب (١). ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما ، ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

= العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في القانون . ٢ — فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تعسف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض .

م ٢٢٧ من المشروع التمهيدي : إذا ألغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعي .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضي المتعاقدين ، فيجوز مثلا إلغاء عقد الإيجار إذا كان محدد المدة قبل انقضاء الأجل المعين له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضي في أحوال ثلاث : أولاها حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالمزارعة ، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلا للاعتبار . والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغي العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعاقد الآخر أن يقتضي ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصددها على تخويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، والأصل في هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون تابعة النقض بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك ، في غير إخلال بما يكون للعاقد الآخر من حق في التعويض عند الإساءة في استعمال الحق » .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ — ص ٣٣٢ في الهامش) .

هذا ويتبين مما نقلناه من نصوص المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشترطاً في العقد ذاته ، لا آتياً من نص في القانون . فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التقايل يتم باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصدور إرادة لاحقة . ويشترط فيه ألا يتعسف صاحب حق الإلغاء في استعمال حقه .

(١) والفسخ هو انحلال العقد بأثر رجعي ، ويختلف عن الإلغاء في أنه يتم عادة بحكم قضائي .

الفرع الأول

فسخ العقد (*)

٤٦٢ — الفسخ والمسئولية العقدية: هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية ، فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطالب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا . وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، فتنتفى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد فى هذه الحالة ينفسخ بحكم القانون كما سنرى .

٤٦٣ — أساس نظرية الفسخ : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى تبده العقل القانونى ، فيسلم بها بادىء ذى بدء ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشىء التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها ، كما

(*) بعض المراجع : كابيتان فى السبب — مقال ليكار (Picard) وبريدوم (Prudhomme) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٦١ — ص ١٠٩ — مقال لبريت (Lebret) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ — مقال لكاسان (Cassin) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ١٠٩ — كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — بواييه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ — شيفرييه (Chevrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليلتييه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ — كونستانتينسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٣٤ وما بعدها -- الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٨٠ وما بعدها .

قدمنا فى نظرية السبب . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقاً فى عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً . فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن(١) . وفى الفقه الإسلامى لا يُعرف الفسخ نظرية عامة، وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسى القديم ، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائى . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب فى القانون الكنسى على النحو الذى قدمناه، وقد ربطت فكرة السبب مابين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدى فقهاء القانون الطبيعى حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن القانون المدنى الفرنسى عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر فى المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين فى حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التى تقضى بجواز فسخ العقد إذا لم يقم المدين بالتزامه . أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التى قدمناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمنى . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فينفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائى أو باتفاق ، وللقاضى حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذى سنبينه

---

(١) Lex Commissoria (أنظر جيرار ص ٧٣٣) .

فيما يلى(١) .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ ، كما تذهب جمهرة الفقهاء . ونؤثر ، كما بينا فى نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ(٢) .

٤٦٤ — خطة البحث : والفسخ يكون بحكم القاضى ، وهذا هو الأصل. وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون فى بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انفساخاً .

فنحن نبحث : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انفساخ العقد بحكم القانون .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥ — مسائل ثلاث: نتكلم فى مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٧ من القانون المدنى

---

(١) ومن ثم نرى أن استعمال عبارتى «الشرط الفاسخ الضمنى» و «الشرط الفاسخ الصريح» ، اللتين تردان كثيراً فى لغة القضاء المصرى وبخاصة فى لغة محكمة النقض ، ليس بالتعبير الدقيق .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٣ .

الجديد على ما يأتي :

« ١ — في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض » .

« ٢ — ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته(١) » .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع . وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١٧٣/١١٧ على ما يأتي : « إذا امتنع المدين من وفاء

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً . وأقر في لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً ، وأصبح رقم المادة ١٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٩ — ص٣٢٢) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه ، ليتحلل بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم يقضي به أو بتراضي العاقدين أو بحكم القانون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونيا على حسب الأحوال . ففي حالة الفسخ القضائي يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان ، كما هو حكم الفرض، تعين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضي على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل ويجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضي بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك . ولا يكون التعاقد ذاته ، في حالة الفسخ ، أساساً للالتزام بالتعويض إذ هو ينعدم انعداماً تاما يستند أثره بفعل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره . على أن القاضي لا يحكم بالفسخ الا بتوافر شروط ثلاثة : أولها أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثاني أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى المدين على تخلفه ، فيكون من ذلك مبرر القضاء بالفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٧ — ص٣٢٨) .

ما هو ملزم به بالتمام ، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط ».

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد ، اثنين منها يصرح بهما النص ، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هى : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

§ ١ — لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧ — العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه، القضائى والاتفاقى والقانونى : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام فى جميع أنواع الفسخ ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ذلك أن الفسخ ، بأنواعه الثلاثة ، مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا . وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة . فهى وحدها التى تتوافر فيها حكمة الفسخ .

وقد قدمنا عند الكلام فى تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد أن بعض العقود التى كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد فى عهد القانون المدنى القديم ، كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدمنا أن الفقهاء اختلفت فى أمر هذه العقود مذاهب شتى . فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز فى هذه

العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى فى عهد القانون المدنى القديم ، وقد سبق لنا بيان ذلك .

أما العقود التى لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد . كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض . فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها ، فإن طرفاً واحداً هو الملتزم ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ ، بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد .

٤٦٨ — وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ : وإذا كانت العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً . وسنرى أن العقد الزمنى يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ فى العقد الفورى .

وقد كان القانون المدنى القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادتان ٥٨٨/٤٨٠ تنصان على أنه « يجوز لصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها »(١) . فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العينى ، فيبيع من أموال المدين ما يكفى ريع ثمنه لأداء المرتب المتفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص فى عهد القانون القديم(٢) ، ورأيناه نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى(٣) .

---

(١) أنظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدنى الفرنسى ، وهى لا تمنع الفسخ إلا فى حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة فى نص القانون المصرى القديم .

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٨ .

(٣) ويعلل الفرنسيون النص الذى ورد فى قانونهم بتعليلين كل منهما محل للنظر : (الأول) أن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالى . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشىء إلى أصله ، وأمكن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد ، فماذا يسترد المدين ؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال ، يكون قد حرم من جزء من الثلة المدة التى بقى فيها رأس المال عند المدين هو =

ومن أجل ذلك ورد القانون المدنى الجديد قاطعاً فى هذه المسألة ، وقد رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة . ولم يمنع فيه الفسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه « إذا لم يقم المدين بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل » .

وذهب القضاء الفرنسى إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يقم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلا ، وإنما يطالب المتقاسم الذى أخل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام. ويريد القضاء الفرنسى من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ (١) . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضى ، وهو الذى يغلب المصلحة الراجحة فيقضى بالفسخ أو لا يقضى ، وهذه هى القاعدة العامة فى الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (٢) .

§ ٢ — لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ — عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته لسبب أجنبى ، فإن التزام المدين ينقضى فينقضى الالتزام

= الفرق ما بين غلة رأس المال جميعه وغلة المقبوض من الإيراد . وإذا قيل إن الدائن يستبقى ما قبضه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بنسبة ما بقى من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإيراد ، تعذرت معرفة الباقى من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر فى حادث فردى — ولم نر هذا التعليل مقنعاً ، فمن السهل عند فسخ العقد أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الإيراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية ، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حالته الأصلية قبل التعاقد (قارن ما أوردناه فى هذا الخصوص فى نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١) . (والتعليل الثانى) أن الدائن يكون عادة فى حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال ، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، والفسخ يضيع عليه ذلك — ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع ، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه ، فما عليه إذا رأى المصلحة فى عدم الفسخ إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان فى مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر نفعاً .

(١) نقض فرنسى فى ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٢ — ١ — ٣٦٧ .

(٢) على أن القضاء الفرنسى ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ فى عقد القسمة (نقض فرنسى فى ٦ يناير سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦ — ١ — ١٦) .

المقابل له . وينفسخ العقد بحكم القانون . وهذا ما سنعرض له بعد قليل .

ومن ذلك نرى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ(١) .

٤٧٠ — عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين : فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . في هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد . وقد رأينا أن المسئولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض ، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية .

٤٧١ — عدم التنفيذ الجزئي : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً — ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيباً — فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقي عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام .

§ ٣ — لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢ — وجوب أن يكون الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وأن يكون من الممكن إعادة الشيء إلى أصله : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ

---

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ — نقض فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونية سنة ١٩٢٠ — قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان .

مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين . فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام .

أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبى ، فإن العقد ينفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشىء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وباعه من آخر . فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشىء من يد المشترى ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان. وسنرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود ، فليس من الضرورى إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشىء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) . وسيأتى بيان ذلك .

المطلب الثانى

كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ — إعذار المدين : قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن ، حتى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ . ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته(١). على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً(٢) .

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢)

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ .

ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ(١) .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (م ٢٠٠) .

٤٧٤ — صدور حكم بالفسخ : ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى ، وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم بالفسخ (٢) .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق . ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانفساخ بحكم القانون) يكون الحكم مقرراً للفسخ لا منشئاً له ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشيء للفسخ . ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف ، وإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة الحسبية كانت الدعوى غير مقبولة(٣) .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٠ ص ٣٥٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمني ، كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضي بذاته الفسخ ، بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائي بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ — وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ .

(٣) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١ .

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) موجب الفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ =

٤٧٥ — الخيار بين الفسخ والتنفيذ: فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ. وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي.

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل، قبل الحكم، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ. كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ(١). على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد (٢). كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب

عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار. وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشترى إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء التخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشترى فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولا على الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسبابا لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطى الفسخ الصريح والضمني صيغة وحكماً، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بني الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدنى في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص ٣٥) — على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدنى في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠).

(١) استئناف مختلط في ١٣ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٣٧ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ١٨٧.

(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨

منهما نزولا منه عن الطلب الآخر (١).

والمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ (٢). ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك

(١) ولمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذي صدر من الدائن نزولا عن أحد الطلبين ، كما إذا تقدم في توزيع مال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ : نقض فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠ — ١ — ١٢١ — وكما إذا رضي ببيع صدر من المشتري منه فنزل بذلك عن حقه في المطالبة بفسخ البيع الأول : نقض فرنسي في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٣٩١ — وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار الذي اشتراه فنزل بذلك ضمنا عن حقه في طلب فسخ البيع : استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٩ — وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن واتخذ إجراءات تحفظية لذلك فنزل ضمنا عن الفسخ : استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ وسبقت الإشارة إليه — وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن في تفليسة المشتري فلا يجوز له بطلب استرداد الشيء المبيع بعد ذلك : استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) . وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن البيع ، فللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ، ولو بعد صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافياً . وهذا الحق الذي للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ ، لأن قبول الالتماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٩/٢ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) — على أن كثيرا من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي : استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ — وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص ٤٧ — وفي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسمت الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمنياً ، فللمشتري — إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ — الحق في توقي الفسخ بدفع الثمن — وإذا كان المشتري يعرض على البائع باقي الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين في حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان محقاً في طلب الفسخ حتى اتقاه المشتري بهذا العرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض (نقض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) .

محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك القاضى ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ . بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه (١) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته » . ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحاً رغماً من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى (٢) . ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته كما يقول النص (٣). ومما يحمله على إعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر (٤) ، أو أن يكون الضرر الذى

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنطا الكلية فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ ص ٤١٨ — ستئناف مختلط فى ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ — وفى أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ — ومع ذلك أنظر استئناف مختلط فى ١٨ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠ — ولكن القانون الجديد صريح فى جواز عدم استجابة القاضى لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون الفسخ مشترطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد ستئناف مختلط فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح ، وكان الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى ، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد العاقدين فسخ العقد. وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها (نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨) .

(٤) استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (ولم يتسلم المشترى السندات ، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان فى إمكانه تسلمها) — وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشترى تأخر قليلا عن دفع جزء من ن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضى) .

أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين (١) . ولا يمنع القاضي أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى (٢). وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها ، وليس له أن يتعداها ، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى (٣) . ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك(٤) . وهـذا بخلاف الأجل الذى يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد — طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ — في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين

---

(١) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين ، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض(استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩٠٤م ١٦ص ١٢٠) . وقد يخطىء المدين في تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه ، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية في أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ١٧٣ ص ٩٠) .

(٢) فللقاضي إذن سلطة التقدير ، فله أن يفسخ العقد ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وسلطته هـذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض .فلا تثريب عليها إذا هي رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد ، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك (نقض مدنى في ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦) . وقضت أيضاً بألا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً الفسخ حتما إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهـد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (نقض مدنى في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦) . وقضت أخيراً بأنه لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضى به ، إنما خوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (نقض مدنى في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — أنظر أيضاً نقض مدنى في ٨ يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) .

(٣) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لا في دعوى بالفسخ (نقض فرنسى في ٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٩٧) .

(٤) نقض مدنى في ٢٣ مارس سـنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه — استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ .

إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم[1] .

٤٧٦ — تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (٢) .

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد : فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض[3] » .

---

(١) ونرى من ذلك أن القاضى يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال ، أى إلى أجل بعد أجل ، إلى أجل واحد .

(٢) ويوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرقان آخران : (١) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستحيلا استبدلا به تعويضا يعادله . ٢ — على أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاء بورود حكمها فى نص عام فى التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصارت كالآتى : فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل » ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « معادل » الواردة آخر النص تفاديا لشبهة الاتجاه إلى تقرير حكم يخالف القواعد العامة فى التعويض ، وأصبح رقم المادة ١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٦ — ص ٣٣٠) . =

ويلاحظ أن هذا النص عام ، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضي بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعي ، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى في الماضي . وإذا كان هذا مفهوماً في الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ ولا ينشئ الفسخ . فإنه أيضاً مفهوم في الفسخ بحكم القاضي ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعي ، فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

٤٧٨ — أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن . وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المبيع بثمراته والثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (١) . واسترداد كل متعاقد لما

= وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ويترتب على الفسخ قضائيا كان أو اتفاقيا أو قانونيا ، انعدام العقد انعداما يستند أثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق . ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض في فسخ العقود الناقلة لملكية العقارات ، فنص على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من العاقد الذي آلت إليه ملكية العقار بمقتضى العقد المفسوخ حقا على هذا العقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع) . ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائما ، ويرد العقار مثقلا به ، رغم فسخ العقد الناقل للملكية . وغني عن البيان أن هذا الاستثناء يكفل قسطا معقولا من الحماية للغير حسن النية ، ويهيء بذلك للتعامل ما يخلق به من أسباب الاستقرار» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٩) .

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصا ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، ويقضي إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين =

أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق، كما رأينا في البطلان. ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله (١) .

وإذا بنى المشترى أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ـ ٩٢٥) ، ويعتبر المشترى فى هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكم به له أو عليه(٢) .

وإذا هلك المبيع ، وكان المشترى هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسئولية العقدية . أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع فى يد المشترى ، فإن كان الهلاك بخطأ المشترى حكم عليه بالتعويض ، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا . فإذا كان الهلاك بسبب أجنبى ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق فى هذه الحالة كما طبقناها فى حالة البطلان ، وجب القول بأن المشترى وقت ن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر . وللبائع أن يسترد الشىء التالف فى الصورة التى آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبى ، فخير له فى هذه الحالة أن يستبقى البيع ، فيطالب بالثمن، وبذلك يتحمل المشترى تبعة الهلاك(٣).

= أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس» . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة فى حق الحبس . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب فى ذمته بسبب التزام المشترى برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦) ، كان لكل من الطرفين أن يحبس ما بيده حتى يسترد ما بيد الآخر . ويكون هذا صحيحاً أيضاً فى حالة البطلان .

(١) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ — وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢١٨ ص ١٣٨ — حلمى عيسى باشا فى البيع فقرة ١٦٤٨ — محمد كامل مرسى ... (sic)

(٣) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وإذا استبقى المشترى المبيع فى يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سيء النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى ، وجب على المشترى أن يرد =

والدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تعمد(١). والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملا قانونياً كما فى البطلان. أما العاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض(٢) . وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسئولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد فى هذه الحالة بقى قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسئولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسئولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة

= البائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهذا هو الحكم فى استرداد ما دفع دون حق إذا هلك فى يد من تسلمه وهو سيء النية .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه «ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى فى ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشترى أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر . فإذا كان المشترى قد أنذر البائع له وكلفه بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيهما مقام عقد رسمى قابل للتسجيل ، وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن ، فإن هذا يكفى لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشترى البائع رسمياً بالوفاء بالتزامه ، مما ينفسخ به البيع حتما من تاريخ نزع الملكية ، ويجعل البائع مسئولا عن النتائج التى ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى التضمينات ، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبراً من ملك البائع ، كان حكمها خاطئاً متعينا نقضه» (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن البائع فى القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسمياً ، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذى يؤخذ على الحكم أنه قرر فى قاعدة عامة أن العقد ينفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشترى . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشترى ، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض إما على أساس المسئولية العقدية ، وفى هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق فى المطالبة بتعويض (نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .

الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه «مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض» .

وإذا كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعى ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمنى يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه(١). ويترتب على ذلك أن المدة التى انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائى بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة اعن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض (٢)، فيبقى لها ضمان متياز المؤجر (٣) .

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة . وقد تحرينا أن نطبق هذه القواعد فى حالة الفسخ كما طبقناها فى حالة البطلان (٤) .

٤٧٩ — أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير: ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعى أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشترى العين إلى مشتر ثان أو

(١) أنظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٨٩ — ص ٢٠٠ ، وما أشار إليه من أحكام القضائين الفرنسى والمصرى ومن أقوال الفقهاء . وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ ص ١٣١ .

(٢) أنظر فى تقرير التعويض عن فسخ العقد الزمنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٢٠٠ — ص ٢٠٩ .

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمنى ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى البطلان .

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد . فإذا اقترنت بطلب رد الشىء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطلب يكون مبنياً على التزام شخصى هو رد ما تسلمه المدين دون حق كما قدمنا .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية . ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائنى المدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما إذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصبح فى هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق فى الحبس وحق الامتياز ، كل هذه تخدم غرضاً عملياً واحداً .

رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه ، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

على أنه يجب ، للوصول إلى هذه النتيجة ، تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان . وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى تضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سيء النية أو حسنها . أما إذا تلقى الحق العينى قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأى سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سيء النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهنا رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتقضى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التى وردت فى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى .

وقد سبق بيان كل ذلك فى البطلان ، والفسخ مثل البطلان فى الأثر .

المبحث الثاني

الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١) » . ولا يقابل هذا النص في القانون القديم إلا نص ورد في عقد البيع ، هو المادتان ٣٣٤/ ٤١٦ ، جرتا على النحو الآتي :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطي ميعاداً للمشتري ، بل ينفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي » .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التي

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظي . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بتعديل لفظي جعله مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفسخ الاتفاقي فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي عند التخلف عن الوفاء . ويفضي مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين : (أ) فالعقد يفسخ حتماً دون أن يكون لهذا العاقد ، بل ولا للقاضي ، خيار بين الفسخ والتنفيذ . (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضي . على أن ذلك لا يقيل المدين من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد . بيد أن مهمة القاضي تقتصر ، في هذه الحالة ، على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد ، وإلا قضى بالفسخ . على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانة أخرى ، تتمثل في ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) .

وردت فى عقد البيع ، وهذا ما كان القضاء المصرى يجرى عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

٤٨١ — متى يكون الاتفاق على الفسخ — التدرج فى هذا الاتفاق: قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا — ويقع ذلك غالباً فى ثنايا إجراءات التقاضى بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلن المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم فى الدعوى — كان هذا بمثابة تقايل ذى أثر رجعى(١). ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك تواطؤ بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير(٢) . ولكن الغالب فى العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان فى اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان فى القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار .

ونبحث الآن فى حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين فى ذلك بما جرى عليه القضاء فى عهد القانون القديم ، إذ لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما قدمنا .

٤٨٢ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً: حكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين . فقد يكونان أرادا به تحتيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه ،

---

(١) استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦ — وهذه هى الدعوى البوليصية . أما إذا كسب الغير حقا عينيا قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى نافذا قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك تواطؤ ، وقد تقدم بيان ذلك .

فيتحتم على القاضى فى هذه الحالة أن يحكم بالفسخ. ولكن هذا لا يغنى عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار (١) .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا فى ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لا يغنى الشرط عن الإعذار ،ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ.ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل هو لا يسلب المدين حقه من توقى الفسخ بدفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ . وهذا هو ما قررته محكمة النقض فى أحكامها الأخيرة . فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشترى بأداء باقى ثمن المبيع فى ميعاد عينه ، فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى (القديم) (٢) .

٤٨٣ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (de plein droit):

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ — استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٣٣ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٦٥ ص ٩٣١ — وقارن استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٥٩ .

(٢) نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه . ولما كانت عبارة الشرط الواردة فى نهاية عقد الصلح ، ونصها « إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً » لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هى إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين (نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة ١ ص ٨٣ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ — استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢) .

ويفسر هذا الشرط فى أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ محتماً كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا يغنى عن إعذار المدين ، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا مقرراً له ، كما هو الأمر فى القاعدة العامة للفسخ .

ولا تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ما قررته محكمة النقض ، إذ قضت وبأن المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره أى يكلفه الوفاء ، فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح[1]» .

٤٨٤ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم : وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشىء فسخ العقد . وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين فى إعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه. فيقتصر القاضى فى هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ — أنظر أيضا محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩رقم ١/١٢٦ — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — واستئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ ، ولكن حكمه يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له .

ولا يعفى الشرط من إعذار المدين . فإذا أراد الدائن إعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

على أنه لا شيء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الاتفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة بغير خيار للدائن ، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه . وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد . وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى ، وهى قاعدة القانون الفرنسى المعروفة ، إلى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضى ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين[1] » .

---

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٩٥ ص ٢١٦ — أنظر أيضاً محكمة أسيوط الكلية فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ — استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ — وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفى ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن «الحالة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإخلاء المستأجر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فبهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة» (المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧).

٤٨٥ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعذار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، ويكون الحكم إذن مقرراً للفسخ لا منشئاً له (١). وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضي نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان

---

(١) ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف «الشيك» المحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار ، فامتنع المصرف من صرف «الشيك» لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة «الشيك» أو أن يعطيه «شيك آخر» ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت في تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) — وفي قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط في ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) — وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك فجأة بحقه في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط ، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) .

الدائن لم يتمسك به(١) .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائى والانفساخ بحكم القانون . فهو أعلى من الفسخ القضائى — وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه — فى أن الحكم بالفسخ فيه ، إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون فى أن العقد لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك .

وهذه المبادىء قررتها محكمة النقض . فقد قضت بأنه « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء ، وله الحق فى تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ . ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها . ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود ، لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه . وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها(٢) » .

---

(١) قارن فى هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا نص فى عقد بيع أنه إذا تأخر المشترى عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائى ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشترى الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغيا مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) . ولكن يلاحظ فى هذه القضية أن المشترى قد دفع عربوناً للبائع ، فيحق له الرجوع فى البيع ويصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

(٢) نقض مدنى فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ — أنظر أيضا استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ — استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ —

٤٨٦ — ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان

= وفى ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوريللي م ١٧٧ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ — وفى ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٦ — وفى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ — وفى ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ — وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً فى هذا المعنى بأنه « متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يقع الفسخ فى حالة تأخر المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو غير رسمى ، فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة ٣٣٤ مدنى (قديم) . ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى . ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه » (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

هذا وليس من الضرورى أن يوضع الشرط الذى نحن بصدده فى الصيغة المتقدم ذكرها . بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط وبأحقيته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء » (نقض مدنى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) . وقضت أيضاً « بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه . ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها » (نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

الفسخ بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .

فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م١٦٠) .

وينحل العقد بأثر رجعى، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى .

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى. مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتض» . وحذفت لجنة المراجعة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتض »، وأصبح رقم المادة ١٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائى » فقيل فى الدفاع عن بقائها إنها عبارة بيانية لأن الأصل فى الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة « لأنها تزيد قد يوحى بتقييد حق الرافع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد العاقدين منه ، وكل ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » . وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٦) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يبقى بعد =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال ، هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتى : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » .

والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتى : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضى بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى ، وأن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالعقد إذن لا ينفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى . وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبى بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

ولم يستحدث القانون الجديد فى هذه المسألة شيئاً ، فقد كان هذا هو أيضاً حكم القانون القديم ، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على ما يأتى : « إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

= ذلك أمر الفسخ القانونى وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، ولهذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضى بل وبغير إعذار ، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً . على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين فى وقوع الفسخ . بيد أن موقف القاضى فى هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبى لا يد له فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) — هذا ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التى وضعنا تحتها خطاً غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة التى ينفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا ينفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبى .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي بقي المدين ملتزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ، فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

٤٨٨ — استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي : إذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، فإن المادة ٢١٥ تقضي كما أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هي المسئولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة ، وبذلك تتحقق مسئوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين من ذلك أن العقد لم ينفسخ في هذه الحالة ، بل على النقيض من ذلك قد بقي وتأكد وجوده . إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فللدائن ، وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه ، بدلا من أن يطلب التعويض على أساس المسئولية التقصيرية . وفي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، فيحكم بفسخ العقد . والحكم هنا منشيء للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضي .

٤٨٩ — استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي : أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام ينقضي طبقاً للمادة ٣٧٣ التي تقدم ذكرها ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ (١) . والعلة في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي . فلم يبق إلا فسخ العقد .

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٤٠ والهامش رقم ١ من ص ٦٨٥ .

ولذلك نص القانون على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه . ولا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً . ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ — وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن فى جميع صور الفسخ القضائى والاتفاقى — ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائى بالفسخ ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق — فقد يقوم نزاع فى ذلك — وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه، على النحو الذى رأيناه فى بعض صور الفسخ الاتفاقى(١) .

٤٩٠ — مبدأ تحمل التبعة: فإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام. فهو لا يد له فى استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد(٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ

---

(١) هذا وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام قائمة قبل نشوئه أو تكون قد جدت بعد ذلك ، فإن كانت قائمة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا لاستحالة المحل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت قائمة قبل نشوء الالتزام أو جدت بعده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوء الالتزام ، فإن العقد ينشأ صحيحاً ثم ينفسخ .

والمراد بالالتزام الذى استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسى الناشىء من العقد ، دون الالتزام الثانوى أو التبعى . فالتزام البائع الأساسى هو نقل الملكية والتسليم ، والتزام المشترى الأساسى هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاما أساسياً فى عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة والتزامه بالمحافظة على العين .

(٢) أنظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى القاهرة سنة ١٩٥٠ فقرة ٢٦ .

التزام المودع عنده لسبب أجنبي ، بأن هلك الشيء في يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن — وهو هنا المودع — ليس في ذمته التزام يتحلل منه في مقابل تحلل المدين — وهو هنا المودع عنده — من التزامه . فالدائن هو الذي يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذي يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد[1].

٤٩١ — الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق كما سبق القول. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م١٦٠) . ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من انحلال

(١) أنظر في الموضوع رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر التي سبقت الإشارة إليها — والقانون الفرنسي يجعل التبعة في عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشتري لا على البائع ، فالهلاك يكون إذن على المالك (res perit domino) (أنظر م ١٦٢٤ من القانون المدني الفرنسي) . وكذلك فعل في عقد المقايضة (م١٧٠٧) . ولكنه عدل عن هذا الحكم ، وجعل الهلاك على المدين ، إذا كان في العقد شرط واقف وهلك الشيء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعة الهلاك في عقد الشركة على المدين (م١٨٦٧ فقرة أولى) — والقانون المصري القديم كان في مثل هذا الاضطراب ، فهو في البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التي قدمناها في تحمل التبعة (م٢٩٧/٣٧١) ، وكذلك يجعل التبعة على المدين في العقد المعلق على شرط واقف تمشياً مع هذه القاعدة العامة (م١٠٦/١٦٠) . ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن في بيع المقدرات (م ٢٤١/٣٠٧) وفي عقد الشركة (م ٤٢٤/٥١٦) — أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٠ .

وقد تجنب القانون المصري الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العامة التي تقضي بأن التبعة على المدين في العقد الملزم للجانبين قاعدة مضطردة . فطبقها في البيع ، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م٤٣٧) ، وطبقها في عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقها في العقد المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبي (م٢٧٠ فقرة ٢) وطبقها في العقود غير الناقلة للملكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمقاولة (م ٦٦٤ — ٦٦٥) .

العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار (١).

الفرع الثانى

الدفع بعدم تنفيذ العقد (*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus)

٤٩٢ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به(٢) » .

---

(١) أنظر فى الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد الزمنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٠ — ص ١٦٢ .

(*) بعض المراجع : كابيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ وما بعدها — بنكاز (ملحق بودرى) ٥ ص ٥٧١ — ص ٦٨٠ — رينو (Raynaud) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى العلاقات الملزمة للجانبين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — هوان (Houin) فى التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٥٣ — فقرة ٣٦٠ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٧٧ — فقرة ٣٧٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « ١ — فى العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين — ٢ — على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأنها تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وأدخلت =

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها فى ظله فقها وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلا م ٢٧٤/٣٤٥ وم ٢٧٩/٣٥٠ وم ٣٣١/٤١١) .

٤٩٣ — تاريخ القاعدة: وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتى : إذا كان للدائن فى العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام،فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التى بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى عين الفكرة التى بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا التنفيذ من جهة أخرى(١) .

ولم يكن المبدأ معروفاً فى القانون الرومانى على النحو الذى عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذى يطالبه الدائن

= تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، كما وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ — ص ٣٣٥) .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى : « التنفيذ مثلا بمثل » (exécution trait pour trait) . ويترجمون بذلك عن تعبير ألمانى مشهور (Erfüllung Zug um Zug) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فمن الأصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد . ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفى به حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له ، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر . فالعقد لا يفسخ فى هذه الصورة ، ولا تنقضى الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهنا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٣) .

بتنفيذ التزامه ، دون أن يقوم هو بما فى ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين ، دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتى ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف فى كل العقود المبنية على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا فى القانون الفرنسى القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الرومانى (postglossateurs) فى العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الرومانى (١) .

ولم يضع القانون المدنى الفرنسى نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ . ونهج القانون المدنى المصرى القديم على منواله كما قدمنا .

أما التقنينات الحديثة فقد صاغت المبدأ فى نص عام . فعل ذلك القانون الألمانى (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات السويسرى (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٤٨) . وسار القانون المدنى المصرى الجديد على نهج التقنينات الحديثة فأورد النص الذى قدمناه ، كما صاغ نظرية الحبس فى نصوص عامة ستبحث فى مكانها (٢).

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التى اتبعناها عند الكلام فى الفسخ القضائى . فنبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ — نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس : جعل

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ .

(٢) أنظر فى الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها .

القانون الجديد الحق فى الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل فى دائرة العقود الملزمة للجانبين (١).

فالأصل إذن هو الحق فى الحبس . قررته المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فجرت على الوجه الآتى :

« ١ — لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .

« ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق فى الحبس . فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذى بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشىء ومالكه . والحائز مدين للمالك برد الشىء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشىء والالتزام باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق فى الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل فى نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفى الثمن . وهذا تطبيق للحق فى الحبس فى عقد ملزم للجانبين ، وهو فى الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد(٢) .

---

(١) أنظر فى القانون المدنى القديم فى العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلا والحق فى الحبس باعتباره يتفرع عن هذا الأصل ، نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ .

(٢) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأردنا أن يكون لكل منهما الحق فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ =

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق فى الحبس . فحيث يطبق الحق فى الحبس فى نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً فى الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة فى عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفى غير عقد أصلا لايكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً فى الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه : جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ماتسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق فى الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال(١) .

فالدفع بعدم التنفيذ ، كالفسخ ، محصور إذن فى العقود الملزمة للجانبين ، وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التى تقدم ذكرها(٢) .

= ما عليه من التزام ، أمكن أن يتحقق هذا عملا بأحد طريقين : الطلبات الفرعية وحجز المائن تحت يد نفسه .

هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . وهى نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هى تقابل الالتزامات . فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هى المقاصة والفسخ — أو فى القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ما له من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالغش ، يستعملونه فى المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . والحق فى الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقى ، وخلع عنه لباس الحق العينى الذى كان يرتديه فى عهد القانون القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٧١٣ هامش رقم ١) .

(١) وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه فى المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفتها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى الحق فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٩ فى الهامش) .

(٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٢ فقرة ١ وص ٣٤٤ فقرة ٤) . وانظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٠ — ورسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفقرة ٩٧ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ .

هذا وقد أورد القانون المدنى الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، نذكر =

٤٩٥ — الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب التنفيذ حالا : ولا يكفى أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعى — كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين فى عقد ملزم للجانبين — لا يجوز ، لأن فى هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعى غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدنى غير حال . فالبائع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلا ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضى قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce) ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى حتى لو منح القاضى للمشترى أجلا

= منها المواد ٤٥٧ و٤٥٩ و٦٠٥ .

فالفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تقضيان بأنه « ٢ — إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيباً فى المبيع » .

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : « ١ — إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع . ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ » .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : « ١ — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً فى حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ . ٢ — فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » . والجديد فى هذا النص الأخير أنه يجعل للمستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يحبس العين على المالك ، أو قل إن حق الحبس البينا للمؤجر ينفذ فى حق المالك .

لدفع الثمن ، ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين(١) .
أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر (٢) .

---

(١) ولا يكفي أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا ، بل يجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع . فلا يجوز لمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادىء بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يمتنع المشترى عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يتهدد المبيع إذا كان هذا الخطر ليس بجدى ، ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها عليه .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ومهما يكن من شىء فليس يباح للعاقد أن يسىء استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه ، وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٤)— أنظر فى هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٧٤ — وانظر فى أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص فى المشروع التمهيدى يجيز حتى فى هذه الحالة أن يمتنع المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص فى ماله بعد إبرام العقد ، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص فى ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أولا ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ . فإذا لم يتم التنفيذ أو يعط الضمان فى وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فقد أجيز له (أى المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا) استثناء أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم =

المبحث الثانى

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ — *عدم ضرورة الإعذار* : لايحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذى بيناه فيما تقدم. على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه ، وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته (١) . وقد يكون الإعذار واجباً لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذى يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

= العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أصاب هذا العاقد بعد إبرام العقد نقص فى ماله من شأنه أن يؤثر فى يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعد به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغى التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهى التى تناولت سرد مسقطات الأجل وحصرتها فى الإعسار أو الإفلاس وضعف التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها . فالحالة التى يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامة من ذلك ، فهى تفترض نقصاً بليغاً فى مال العاقد ، ولكنه نقص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار ، ومن ثم أنزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء ، فلو لم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جميعاً وينبغى تنفيذها فى آن واحد نزولا على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يقم المتعاقد الذى استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف فى مدة معقولة ، كان للمتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة فى الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذى تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ — ص ٣٣٤) — ولكن هذا النص فى المشروع التمهيدى حذفته لجنة المراجعة فى المشروع النهائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) . ولما كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (أنظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٦٦ — فقرة ١٦٧) .

(١) أنظر استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

٤٩٧ – ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء : ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ : فهو لا يحل العقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه.

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده فى آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية ، فذلك يرجع فى الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ،وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به فى غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائى يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابى . والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . فى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال فى التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

٤٩٨ – تمسك كل من المتعاقدين بالدفع : وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقدالآخر بالتنفيذ. فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين (١) . فإذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين متعنت ، فإن كان المدعى

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ فقرة ٢ — وانظر آنفاً فقرة ٤٩٥ فى الهامش) .

رفض دعواه ، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً ، أو ظهر ألا أحد منهما تعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزامهما في وقت واحد .

المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

١ — فيما بين المتعاقدين :

٤٩٩ — وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في الفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني ، كالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالتزام المقاول بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي .

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحيي الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين والإفات

الغرض المقصود منه ، كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها فى معرض عام يقام فى وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ .

٥٠٠ — وقف التنفيذ فى الالتزام بتسليم عين : وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق فى الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتى : « ١ — مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشىء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ — وإذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء إلى ثمنه » . هذا ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بسبب أجنبى ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠—٩٨٢ .

ويبقى الحق فى الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق فى الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقى من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وينقضى الحق فى الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشىء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتى : « ١ — ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشىء ، إذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ،

إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » .

٥٠١ — وقف التنفيذ فى العقود الزمنية : وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الزمنية. فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التى حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م٥٦٥ وم٥٦٨ وم٥٦٩ وم٥٧٠ وم ٥٧٢ ألخ ألخ). وكل وقف فى تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً فى مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً — لا موقتاً — التزامه فى حدود المدة التى منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التى وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد (١).

ب — بالنسبة إلى الغير :

٥٠٢ — متى يسرى الدفع فى حق الغير: يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق فى التمسك بالدفع. مثل ذلك أن يتأخر المشترى عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشترى على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى فى حقه الدفع . فإذا باع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين فى مواجهة المشترى الثانى أو الدائن المرتهن (٢).

ويمكن تعليل ذلك بأن المشترى لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع فى حبس العين ، فتنتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق .ولا يستطيع المشترى أن ينقل حقاً لا يملكه ، وفاقد الشىء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذى قررناه فى انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٦ — ص ١٧٧ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ فى تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة فى مواجهة من انتقلت إليه ملكيتها . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٢ فى الهامش).

٥٠٣ — متى لا يسرى الدفع فى حق الغير: ولا يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً ، بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ ، ثم باعه، وأراد المشترى تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار ، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين فى مواجهة المشترى (م ٦٠٥ فقرة ٢) ، ولكن حقه فى الحبس لا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق فى الحبس (١) .

(١) أنظر فى هذا الموضوع نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٧

الباب الثانى

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية)

L'ACTE ILLICITE

(La responsabilité délictuelle)

تمهيـــد(*)

٥٠٤ — مسائل أربع : نمهد للكلام فى العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، بوضع هذه المسئولية فى مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها فى وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

فنتكلم فى مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية. (٢) وفى المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية. (٣) وفى المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية. (٤) وفى المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .

*
* *

§ ١ — التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

٥٠٥ — الفروق ما بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية : المسئولية الأدبية لا تدخل فى دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانونى ،

(*) بعض المراجع العامة فى المسئولية المدنية : هنرى وليون مازو فى المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء — ساقاتييه فى المسئولية جزآن — لالو (Lalou) فى المسئولية المدنية — ديموج فى الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) — بيدان وكاپيتان فى النظرية العامة فى المسئولية المدنية (ضمن مبسوط بيدان فى الالتزامات) — بلانيول وريبير وإسمان جزء أول — جاردينا وريتشى (Gardenat et Ricci) فى المسئولية المدنية — سوردا (Sourdat) فى النظرية العامة المسئولية جزآن — شيرونى (Chironi) فى المسئولية غير العقدية — هوبير (Houber) فى شروط المسئولية التقصيرية فى القانون الألمانى رسالة من نانسى سنة ١٩٤٠ — الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية — الدكتور سليمان مرقس مذكرات فى الفعل الضار — الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام .

وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسئولية القانونية فتدخل فى دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانونى .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسئولية ثلاثة :

(١) المسئولية الأدبية تقوم على أساس ذاتى محض ، فهى مسئولية أمام الله أو مسئولية أمام الضمير . أما المسئولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعى ، وهى مسئولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق المسئولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضرور فى وقت واحد . بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسئولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجى . أما المسئولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وألحق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبنى على ذلك أن المسئولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسئولية القانونية ، فهى تتصل بعلاقة الإنسان بربه ، وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس . أما المسئولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .

وإذا تركنا المسئولية الأدبية ووقفنا عند المسئولية القانونية ، نراها نوعين : مسئولية جنائية ومسئولية مدنية .

٢ — التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

٥٠٦ — الفروق ما بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية : هناك فرقان جوهريان ما بين المسئوليتين الجنائية والمدنية :

(أولا) تقوم المسئولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسئولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسئولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسئولية المدنية فتعويض . (٢) الذى يطالب بالجزاء فى المسئولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذى يطالب بالجزاء فى المسئولية المدنية فالمضرور نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل فى المسئولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ، ويجوز الصلح والتنازل فى المسئولية المدنية لأن الحق

فيها خاص للفرد . (٤) لما كانت العقوبة فى المسئولية الجنائية تنطوى على معنى الإيلام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات : فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسئولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملا عملا .

(ثانياً) النية ركن فى المسئولية الجنائية . وهنا تقترب المسئولية الجنائية من المسئولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفى فى المسئولية الأدبية ، فهو لا يكفى فى المسئولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجى يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها، والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجى يغلب أن تكون الجريمة الجنائية عملا يلحق الضرر بالمجتمع . بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر فى العقوبة : فتشتد فى الضرب الذى يفضى إلى موت أو الذى يحدث عاهة مستديمة عما هى فى الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة فى هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجبّ الضرر النية ، فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبتها النية أو لم تصحبها ، كالمخالفات التى لا تشترط فيها النية والجرائم التى يكفى فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفى فى المسئولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن فى القانون الجنائى بالتدابير المانعة (mesures de sûreté). ومهما يكن من أمر ، فالنية فى المسئولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضرورى فى أكثر الجرائم .

أما فى المسئولية المدنية فالنية لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدنى إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذى يحدثه يجب أن يعوض كاملا دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلا طبيعياً إلى زيادة التعويض فى الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ فى الفعل غير العمد .

٥٠٧ — العمل الواحد قد تترتب عليه المسئوليتان معاً وقد تترتب عليه مسئولية دون الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسئوليتين لا يتعارض

مع قيام المسئولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية مسئولية مدنية فى وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد فى وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولا مسئولية جنائية جزاؤها العقوبة ، ومسئولا مسئولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد ، كما فى بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائى . وتتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها فى القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل فى وقت غير لائق وجميع المسئوليات التى تقوم على خطأ مفروض(١) .

٥٠٨ — الآثار التى تترتب على اجتماع المسئوليتين فى عمل واحد : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسئولية الجنائية ، وهى أقوى لأنها حق المجتمع ، فى المسئولية المدنية ، وهى أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتى :

---

(١) أنظر فى قيام المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية : استئناف مختلط فى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٩ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ — وفى ترتب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائيـة فى التزوير واستعمال الورقة المزورة : نقض جنائى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم٣٢ ص ٥٨ — وفى قيام المسئولية الجنائية على خطأ لمسئول مع قيام المسئولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨١ .

وقضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أيا كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف — هـذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضى قبل المضرور بالحادث ، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنيـة يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر) .

(أولا) التقادم : تقضي المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة في الدعوى المدنية، فتبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتي تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية ، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية. ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état)

(رابعاً) قوة الأمر المقضي : وإذا بتت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضي. وتتقيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع، دون أن تتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع، فقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبني على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع، بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تقيد القاضي المدني بالوقائع التي أثبتها الحكم الجنائي .فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أولم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانوني ، كأن كان

الإهمال الثابت صدوره من المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي (١) ، أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجني عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية .

ونقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهي أيضاً نوعان : مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية .

***

§٣ – التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle)

٥٠٩ — المسئوليتان العقدية والتقصيرية — ازدواج المسئولية أو وحدتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن والمدين في المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية ، أما في المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل المسئولية العقدية أن يبرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة ، فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون العين في يد مالكها، ويتعرض له فيها أجنبي ، فتتحقق مسئولية المتعرض. ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي يوجب عليه عدم التعرض للعين ، بل أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير ويدخل في هذا الغير مالك العين .

---

(١) قد يكون الإهمال الصادر من المتهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويكفي للمسئولية المدنية حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض في بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت بأن الإهمال في جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذي يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف فى تكييفه . فمن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهماتقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصارازدواج المسئولية (dualité de responsabilité) . ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئوليتين . فإن إحداهما لا تختلف عن الأخرى فى طبيعتها . وهؤلاء هم أنصار وحدة المسئولية (unité de responsabilité) .

٥١٠ — أنصار ازدواج المسئولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . ويجملون هذه الفروق فى الوجوه الآتية :

١ — الأهلية : فى المسئولية العقديةتشترط أهلية الرشد فى أكثر العقود . أما فى المسئولية التقصيرية فتكفى أهلية التمييز .

٢ — الإثبات : فى المسئولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى وارتكب عملا غير مشروع .

٣ — الإعذار : فى المسئولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا فى حالات استثنائية . أما فى المسئولية التقصيرية فلا إعذار(١) .

٤ — مدى تعويض الضرر : فى المسئولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر . سواء كان متوقعاً أو غير متوقع(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كيفت محكمة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى تكييفاً خاطئاً تغلت به الدعوى عن حقيقتها، وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لمثلها ، كأن اعتبرت التقصير فى تنفيذ عقد القايضة بالتسليم خطأ فعلياً (faute délictuelle) كالاغتصاب يوجب التضمين على القصر من يوم تقصيره لا من يوم التنبيه الرسمى ، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه (نقض مدنى فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ (مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨ .

٥ — التضامن : فى المسئولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما فى المسئولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ — الإعفاء الاتفاقى من المسئولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام فى المسئولية العقدية . ولا يجوز فى المسئولية التقصيرية .

٧ — التقادم : تتقادم المسئولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال.

٥١١ — أنصار وحدة المسئولية: وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول . وهم يقولون بألا فرق فى الطبيعة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسئولية العقدية جزاء لالتزام عقدى لم يقم به الملتزم . والمسئولية التقصيرية جزاء لالتزام قانونى أخل به المسئول. والمدين فى الحالتين تحققت مسئوليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدى أو القانونى . فالمسئوليتان إذن تتحدان فى السبب وفى النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسئولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهى فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق فى النظر . ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتى :

١ — الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط فى المسئولية العقدية وتكفى أهلية التمييز فى المسئولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية فى كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية فى العقد دون غيره . فيشترط الرشد فى أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدى ، وإلا كان مسئولا مسئولية عقدية . ولا يشترط فى هذه المسئولية العقدية أية أهلية . حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلا وقت التعاقد ، بقى ملتزماً بالعقد ، وبقيت مسئوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخليه من هذه المسئولية إلا القوة القاهرة أو نحوها. وفى المسئولية التقصيرية لا محل للكلام فى الأهلية. وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة فى هذه المسئولية . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقق مسئوليته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقق المسئولية ، وليس أهلية فى المسئول .

٢ — الإثبات : ولا فرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففى كلتيهما يحمله الدائن. يثبت فى المسئولية العقدية العقد، وهو مصدر الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما فى المسئولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير ، وهو الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية ، لأنه التزام مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق فى كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، بقى إثبات الإخلال به . وهنا يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذى يثبت أنه قام بالعمل الذى التزم بالقيام به ، والدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أتى العمل الذى التزم بالامتناع عنه . فى المسئولية لعقدية إذا كان الالتزام العقدى عملا — ويدخل فى ذلك نقل الحق العينى — فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسئولية عقدية بل لأن الالتزام الذى أخل به هو التزام بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه . وكذلك الحال فى المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانونى السابق فى هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل — عدم الإضرار بالغير — فالدائن إذن هو الذى يثبت فى المسئولية التقصيرية أن المدين قد أخل بالتزامه وأحدث الضرر بخطأه ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات فى المسئولية العقدية يحمله المدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدى السابق هو التزام إيجابى أو التزام سلبى ، وعبء الإثبات فى المسئولية التقصيرية يحمله الدائن فى جميع الأحوال لأن الالتزام القانونى السابق هو دائماً التزام سلبى . فالعبرة إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هى عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إيجابى أو سلبى.

٣ — الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار يشترط فى المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط فى الالتزامات السلبية إذا أخل

بها المدين ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام فى المسئولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبى ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط فى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً . لا بما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية .

٤ — مدى تعويض الضرر : والسبب فى أن التعويض فى المسئولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل فى حساب المتعاقدين لأنهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ — التضامن : والسبب فى أن التضامن يثبت بمقتضى القانون فى المسئولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب فى الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب فى الضرر فوجب عليه التعويض كاملا ، ومن ثم قام التضامن .

٦ — الإعفاء الاتفاقى من المسئولية : والسبب فى أن هذا الإعفاء لا يجوز فى المسئولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسئولية ، فهى من النظام العام .

٧ — التقادم : وإذا كانت المسئولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات فى بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسئولية . بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتآها هو ، وقد لا يرتئيها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم فى المسئولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما فى المسئولية العقدية .

٥١٢ — الوضع الصحيح للمسألة — وجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : لا شك فى أن المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاهما جزاء للإخلال بالتزام سابق . ولا فرق بينهما فى هذه الناحية . لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسئولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا فى العقد ، ولا محل للكلام فيها لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية ، وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسئولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان فى أن الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدى فى المسئولية العقدية ، وهو التزام قانونى فى المسئولية التقصيرية . وهذا الاختلاف تترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

فى المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتيهما أنشآ هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل فى حسابهما الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة المتعاقدين ، إذا تعدد المدين ، هى التى تحدد مدى اشتراك كل مدين فى المسئولية ، والأصل ألا تضامن بين المدينين ، فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين ، وهما اللذان بإرادتيهما حددا مدى الالتزام ، أن يتراضيا على الإعفاء منه فى حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقادم الالتزام ، وهما اللذان ارتضياه ، إلا بمدة طويلة هى خمس عشرة سنة .

ولا كذلك فى المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذى ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانونى . أى التزام القانون هو الذى أنشأه وحدد مداه . ولم تدخل إرادة الطرفين فى شىء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه ، مادام مباشراً ، لأن هذا هو الأصل فى التعويض . ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقى التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد فى إحداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملا ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام فرضه القانون . ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذى يعفى منه فى الحالات التى ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع فى المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم فى المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ،

ترجع إلى طبيعة كل من المسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام عقدى ، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تتفق معها. والمسئولية التقصيرية جزاء للإخلال بالتزام قانونى ، وطبيعة هذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تلائمها والتى تخالف الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، لأن التمييز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما ، وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما : هى التى ذكرناها فيما تقدم (١).

٥١٣ — تحديد نطاق كل من المسئوليتين: أما وقد وجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما ، حتى تترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبى عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثانى أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلا ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه فى عربته مجاملة (٢) ، أو يدعوه للغذاء أو للسهرة ، أو يخطب رجل امرأة ، فلا عقد فى مثل هذه الأحوال ،

---

(١) هذا إلى أن عبء الإثبات — من الناحية العملية المحضة — يبدو فرقا جوهريا ما بين المسئوليتين . وقد كان هو والإعفاء الاتفاقى من المسئولية سببين رئيسيين لتلمس المسئولية العقدية فى بعض الفروض — كما فى عقد نقل الأشخاص والتزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاماً كيف بأنه التزام عقدى — أو القول بالخيرة ما بين المسئوليتين — كما فى عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول بالخيرة يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها .

(٢) سيأتى تفصيل للأحكام التى تطبق فى النقل المجانى فيما يلى (أنظر فقرة ٥٤٦) .

والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول ، كأن يرتكب الصديق خطأ فى قيادة العربة ، أو يتعمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه ، أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هى الحال فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها، وكما فى قطع المفاوضات للتعاقد فى وقت غير لائق، وكما فى رفض شخص التعاقد بعد أن دعا هو إليه. كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس فى خدمة مصنع واطلع على أسراره ولما انقضى عقد خدمته دخل فى خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التى وقف عليها فى المصنع الأول — ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلا أو قابلا للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم فى المادة ١١٩ من القانون المدنى الجديد ، وهى تقضى بأنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » . فى هذه الحالة ، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد ، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية عن استعماله الطرق الاحتيالية التى قادت إلى التعاقد — والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبى أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرض مستخدماً فى مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول فى خدمة المصنع الأول . تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثانى والمستخدم لارتباطهما بالعقد ، ولكن لا تتحقق إلا مسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثانى وصاحب المصنع الأول، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية . فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين . ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له فى عقد التأمين لمصلحة

المصاب ، فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاب مسئولية عقدية دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين . ويعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد ، نزولا على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون للضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسئولية العقدية لا تتحقق ، بل تتحقق المسئولية التقصيرية . مثل ذلك الهبة ، فإن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه . فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه . وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له . فإن مسئولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية . ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسئولية العقدية تتحقق . كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشترى بالرغم من إعذاره وهلك المبيع في يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقق المسئولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (١) . ويرجع في التحديد

---

(١) ويصعب هـذا بنوع خاص في العقود التي تشتمل على التزام بكفالة السلامة (obligation de sécurité) . فعقد نقل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويعتبر أمين النقل مسئولا مسئولية عقدية إذا تلفت الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه ليس واضحاً وضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا تسلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاما لسيطرته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، أو له هـذه الحركة كالحيوان ولكن يمكن ضبطها . أما الشخص الذي يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاما لسيطرة أمين النقل . على أن القضاء والفقه ، في مصر وفي فرنسا ، يرتبان التزاماً بكفالة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مداه في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية ، كالتزام الطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الطبيب أنه اصطنع الحيطة واليقظة بالقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسئوليته العقدية . وفي عقود أخرى ، كعقد النقل المتقدم الذكر ، يكون التزاما بتحقيق غاية ، فيكفل المدين سلامة الدائن ، ولا تنتفي مسئوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . (أنظر في الالتزام بكفالة السلامة مازو ١ ص ١٦٥ — ص ١٨٩) .

الى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضي أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة[1] .

٥١٤ — عدم جواز الجمع ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :
بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسئوليتين . وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان . وهو أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسئولية العقدية وشروط المسئولية التقصيرية في وقت معاً . ويعرض في صدد هذا الفرض سؤال أول ؛ لا يحوم أي شك في الجواب عليه . هو هل يجوز للدائن الذي أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المدين ؟

لا شك في أن الدائن لا يجوز له الجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المدين . إذ الجمع . بأي معنى فهم هذا اللفظ . غير مستساغ

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين . تعويض عن المسئولية العقدية وآخر عن المسئولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ ، لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد ، ولكن يجمع في دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه . ومن خصائص المسئولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطلان الإعفاء الاتفاقي من المسئولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين . أما الدعوى التي يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية ، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين

---

(١) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المكملة لها . وهذه النصوص كثيرة في العقود المسماة .

فخسرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه – بخلاف القضاء الفرنسي – مجمع على أن قوة الشيء المقضى يحول دون ذلك . فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (١) .

٥١٥ — عدم جواز الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : الجمع إذن غير مستساغ فى أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى عدم الدقة فى التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟ فهنا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكا ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن الشك يقوم إذا أبدل بلفظ « الجمع » (cumul) لفظ « الخيرة » (option) ، فقيل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التى يراها أصلح . على أنه إذا اختار أصلح الدعويين تقيد بها ، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التى اختارها ؟ وهذا هو الذى تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون فى غير دقة هل يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هذا السؤال فى وضعه الصحيح تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين . ففريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعويين . وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسئولية العقدية تجبُّ دعوى المسئولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسئولية العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسئولية التقصيرية . ونستعرض كلا من الرأيين.

أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد توافرت ، ومنطق القانون يقضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسئولية العقدية ، فإذا اختارها الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسئولية التقصيرية ، فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن

---

(١) وسنرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض فى مصر فى دائرتها المدنية (نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . أما الدائرة الجنائية فتذهب إلى عكس ذلك (نقض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

لا يعرف المدين إلا من طريق العقد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسئولية العقدية ، وليس له الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية .

ولا شك فى أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئوليتين فيما قدمنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسئولية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض ، اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسئولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية. ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقى من المسئولية. فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان فى عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها، ثم أصيب العميل إصابة تدخل فى حدود هذا الاتفاق، وكان له أن يختار بين المسئوليتين، لاختار المسئولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف، ولو قصر على المسئولية العقدية لاندفعت هذه المسئولية أو خففت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التى قدمناها فى التمييز ما بين المسئوليتين . ففى دعوى المسئولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق ، أما فى دعوى المسئولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فقد يختار المسئولية التقصيرية ابتغاء أن يُجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسئولية العقدية فلا تضامن . وفى دعوى المسئولية العقدية لا يعوض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما فى دعوى المسئولية التقصيرية فيعوض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع. فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن، إذ يستطيع أن ينتقل من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملا عن الضرر المباشر. ودعوى المسئولية العقدية تتقادم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسئولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسئولية التقصيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، فى فرنسا وفى مصر (١) ، فى هذه

---

(١) أنظر فى انقسام القضاء والفقه فى فرنسا مازو ١ فقرة ١٨٨ — فقرة ٢٠٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٣٣ — فقرة ٩٣٨ .

أما فى مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطنى والمختلط تنزع إلى جواز الخيرة ما بين المسئوليتين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته عما يصيب المستأجر من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخلى المؤجر من مسئوليته التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧١ — وفى ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦) . ومن ذلك أيضاً ماقضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدنى (القديم) لايلزم المؤجر بالقيام بأية مرمة ، فإن هذا لايخليه من المسئولية التقصيرية عن الضرر الذى يصيب المستأجر بسبب تقصير المؤجر فى ترميم ملكه (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ — وفى ٥ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها فى مبلغ معين فى حالة ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لايسرى فى مسئولية هذه المصلحة مسئولية تقصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٤٥ — وفى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٤٨٠ — استئناف مختلط فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٠ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٨ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٤ — وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ ص ٤٣٤ — وأنظر عكس ذلك استئناف وطنى فى ٢ مايو سنة ١٩٢٢ : المحاماة ٣ ص ٢٩ — استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٦) .

وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الخيرة ما بين المسئوليتين ، إذ قررت أنه «لاشبهة... فى التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب إلى الجهة المتعاقد على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد ... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد فى طلب التعويض إلى أحد الأساسين ، المسئولية التقصيرية أو المسئولية التعاقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأولى أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الأسكندرية فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ١٠٥) — ويلاحظ أن المحكمة لم تكن فى حاجة إلى القول فى هذه القضية بجواز الخيرة بين المسئوليتين ، فإن الخيرة إنما تظهر فائدتها فى الانتقال من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسئولية التقصيرية إلى المسئولية العقدية ، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل ينشىء التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب ، يستطيع أن يستند إليه الدائن فى مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تبت حتى الآن فى هذه المسألة بقضاء حاسم . فقد أخذت فى قضية بالمسئولية العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسئولية التقصيرية لقيام المسئولية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب العمل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل التى استخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره مخلا بعقد الاستخدام إخلالا يصلح أساساً =

المسألة الهامة : فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسئولية العقدية . ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولا عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به ، لم يكن مسئولا عن ذلك، لا مسئولية عقدية لأن العقد لما يبرم ، ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد ، قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا فى التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدى الناشىء من عقد النقل ، فتتحقق مسئوليته العقدية . ويكون فى الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانونى الذى يحرم

= لمسئوليته . ولما كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه محرم تأجيرها لدولة محاربة ، وأن هؤلاء اللاحين لم يحاطوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه فى حق عماله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد رتبت على هذا الخطأ مسئولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها فى ذلك إنما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض ن تراقبه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسئولية العقدية ، كان ما ورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيداً ، وكان ما جاء فى الطعن منصباً عليه غير منتج (نقض مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٣) .

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقض لا تأبى أن يقوم التعويض على أساس كل من المسئوليتين ، فقد قضت بأنه « ما دام الحكم قد أقام مسئولية المحكوم عليه بالتعويض على كلا الأساسين : العقد والفعل الضار ، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً ، إذ هذه المادة لا تنطبق على المسئولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإعذار الذى تنص عليه غير لازم فى حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبى (نقض مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص٥١٣) .

وأما الفقه فى مصر فمنقسم . فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٨) — وقد كنا نقول بها فى الموجز (فقرة ٣٠١) . ومنهم من يقول بقصر المطالبة على المسئولية العقدية (الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ١٧) .

عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل ، فتتحقق مسئوليته التقصيرية . وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية ، وقيام هذه المسئولية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ، ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان — كما هو الغالب — حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضى إلغاؤه أو تعديله ، فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين(١) .

***

§ ٤ — تطور المسئولية التقصيرية

٥١٦ — تاريخ هذا التطور هو توسع مستمر فى المسئولية التقصيرية :

ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع المسئولية فيما تقدم . ونستعرض فى إيجاز تاريخ تطورها .

ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ توسع مستمر فى هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجى فى هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة عامة . وهذا ما وصل إليه التطور فى القانون الفرنسى القديم . وانتقل منه إلى التقنين الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسى أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهى قد قامت على فكرة جوهرية هى فكرة الخطأ (faute). ثم أخذت هذه الفكرة تتقلص. فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته ، قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً. وها نحن نشهد فى الوقت الحاضر فكرة تحمل التبعة (risque) تقوم إلى جانب

---

(١) قارن الموجز للمؤلف فقرة ٣٠١ .

فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً

فنستعرض هذا التطور ، منذ القانون الرومانى إلى عصرنا الحاضر ، استعراضاً سريعاً .

٥١٧ — القانون الرومانى : تتميز نظرية المسئولية التقصيرية فى القانون الرومانى بخصائص ثلاث :

أولا — لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض. بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هى وحدها التى ترتب المسئولية . ذلك أن المسئولية التقصيرية كانت فى القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر ، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ، ثم إلى الدية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التى تستوجب تدخل الدولة محدودة محصورة لا تنتظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج فى خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التى كان قانون أكيليا (Aquilia) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التى تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشىء الذى يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشىء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذى وقع على الشىء غير مادى ، كإحداث صوت ينذعر من سماعه حيوان فيجفل ، أو وقع عمل مادى على الشىء ولكن لم يصبه بتلف مادى ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب ، كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحللت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة فى التعميم جريمة الغش (dol). وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسئولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا فى وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض

ثانياً — ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التى ترتب المسئولية تتمحض

تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدنى كأثر من آثار الماضى وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية .

ثالثاً — ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ فى بادىء الأمر مشترطاً ، بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما فى الأعمال التدليسية أى الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

٥١٨ — القانون الفرنسى القديم : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم ، فى تطوراته المتعاقبة وتحت تأثير القانون الكنسى ، الفضل فى تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، ثم فى تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، فى بعض منه ، عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل فى أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أثبتناها للقانون الرومانى لنرى ماذا صارت إليه فى القانون الفرنسى القديم .

أولا — انتهت القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية إلى أن توضع وضعاً واضحاً صريحاً. وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه فى القانون الفرنسى القديم، فى كتابه المعروف « القوانين المدنية » (Lois civiles) على النحو الآتى : « كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبغى معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً ، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطأه سبباً فى وقوعها » (١).

ثانياً — وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية ، على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقى الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل فى أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى

---

(1) « Toutes les pe[…]s et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu ».

أقاربه الأدنين إذ هم أصحاب الثأر .

ثالثاً — وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية. بل إن الخطأ العقدى ميز تميزاً واضحاً عن الخطأ التقصيرى وعن الخطأ الجنائى كما تقدم القول . وهذا ما يقوله دوما فى هذا الصدد : «يمكن التمييز ، فى الخطأ الذى يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة — وخطأ يرتكبه الشخص الذى يخل بالتزاماته العقدية : كما إذا لم يسلم البائع الشىء المبيع أو لم يقم المستأجر بالترميمات التى التزم بها — وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة فأتلفت ملابس أحد المارة ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه ، وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوقع على بناء آخر وأحدث به ضرراً(١)» .

٥١٩ — التقنين المدنى الفرنسى : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث بوضوح فى التقنين المدنى الفرنسى . فقد صارت المسئولية التقصيرية فى هذا التقنين قاعدة عامة ، وتميزت عن المسئولية الجنائية . وقامت على أساس الخطأ .

وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن «كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه» . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتى : «كل شخص يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه لا بفعله فحسب . بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره» . ويبدو أن واضعى التقنين الفرنسى قصدوا النص على الأعمال العمدية فى المادة ١٣٨٢ . وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد . بل هو شامل لجميع

---

(1) «On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages ».

الأخطاء التى تترتب عليها المسئولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية .

ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسى من المسئولية الشخصية إلى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ — ١٣٨٦ على المسئولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء. وفى كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسى أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هى الحالات التى يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل أتى به آخر فى رقابته أو حدث من شىء تحت يده . ولكن مسئوليته فى كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً ، فقد قصر فى رقابة الغير أو أهمل فى حراسة الشىء .

٥٢٠ — تطور المسئولية التقصيرية منذ التقنين المدنى الفرنسى — نظرية تحمل التبعة (risque) : وقد تطورت المسئولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسى تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفى فى بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلا لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه فى يده ، وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسئولية لا تقوم على خطأ أصلا بل على محض تحمل التبعة .

ونفصل ما أجملناه .

كان للتطور الاقتصادى السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر فى تطور نظريات المسئولية التقصيرية. فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيما باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن فى استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالا وأكثر تحققاً مما كان عليه الأمر فى الماضى. فعاد ركن الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطى على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان

المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور ، متأثراً بعاملين. أولهما علمى هوما نشرته المدرسة الوضعية(école positiviste)الإيطالية بزعامة فرى(Ferri) من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى فى الجرم نفسه . فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية فى القانون الجنائى ، فأولى بالقانون المدنى أن يكون الميدان الخصب لهذه النظرية . والعامل الثانى عملى ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل فى الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ فى جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه فى البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى . فشبه الآلات بالبناء. وما دام يكفى فى البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولا . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولا عما تحدثه الآلات المعيبة من الضرر. ولكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة فى إثبات العيب فى الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة فى إثبات الخطأ فى جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى . فجعل رب العمل مسئولا مسئولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه فى استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً . واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنادى بأنه ليس من الضرورى أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته. وهذه هى نظرية تحمل التبعة. فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها ، وجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وقد قام على رأس الفقهاء ، ينادى بهذه النظرية . سالى وجوسران . وبنياها على تفسير جديد محور للمادتين ١٣٨٢و ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى . فذهبا إلى أن المشرع الفرنسى لا يشترط ركن الخطأ فى المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أياً كان

يوقع ضرراً بالغير ... » (Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage) ، وأنه رسم قاعدة عامة فى المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول : «يكون الشخص مسئولا ... عن الضرر ... الذى يحدث بفعل الأشياء التى هى فى حراسته» . (On est responsable... du dommage.. qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde)

على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذى لم يخطر ببال المشرع الفرنسى وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموها «نظرية تحمل التبعات المستحدثة» (théorie des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective) يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التى تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادى. فهى أولا تصطدم مع المنطق ، فمنذ انفصلت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، وأصبح التعويض المدنى لا دخل للعقوبة فيه ، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسئولية المدنية . ويجب أن يكون أساس هذه المسئولية الضرر الذى يستوجب التعويض ، لا الخطأ الذى يقتضى العقوبة . وهى بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادى . وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فما دام الشخص ينتفع بالشىء فمن العدل أن يحمل تبعته . والغرم بالغنم . وإذا كانت المسئولية الشخصية تصلح فى نظام اقتصادى يقوم على الزراعة . فنى نظام اقتصادى قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسئولية الموضوعية . فالواجب إذن فى رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسئولية الشخصية إلى المسئولية الموضوعية ، أى هجر المسئولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسئولية المجردة عن أى خطأ . ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتى : يقع ضرر لا خطأ من أحد ، فمن الذى يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحمله المضرور وهو الذى خضع لتبعة لم يكن له يد فى إيجادها وليس هو الذى يفيد منها ، أم يتحمله محدث الضرر وهو الذى أوجد هذه التبعة وهو الذى يفيد منها؟ أضف

إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر : فإن هذا يدخل فى مخاطر صنعته . وهو أقدر من العامل على على مواجهة هذه المخاطر . وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله . فإن ذلك لا يبهظه . بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعى . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار . كبير المنفعة . يسهل التأمين فى شأنه . هذه هى العناصر الثلاثة التى إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر . والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين فى المسئولية الشخصية . إذا كانت المسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات . يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ فى جانبه . فإذا كانت المسئولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطىء . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس . استطاع المدين أن يدفع المسئولية بإثباته السبب الأجنبى . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسئولية الشخصية عن نفسه . إما بنفى الخطأ فى ذاته . وإما بنفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول فى المسئولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسئولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبى . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه ، ولو بغير خطأ منه . فهو المسئول عنه .

هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية فى أوج انتشارها ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء فى نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية فى معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران ودعوج وسافاتييه . وكان السبب فى وقوف الفقه عن المضى فى النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء فى فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية ، وبقى

بعيداً عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها فى بعض نواحى النشاط وما يتولد عنها من تبعات . أخذ بها فى تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك فى تشريع العمال الذى صدر فى سنة ١٨٩٨ . ثم امتد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدمجت كل هذه التشريعات فى تشريع موحد صدر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسئولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر فى أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل . حكم له بتعويض مقدر (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل . ولا تنتفى المسئولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائى أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أيضاً فى «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne)، فقد صدر تشريع فى سنة ١٩٢٤ يجعل المنتفع بالطيارة مسئولا عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنتفى المسئولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو عمل الغير . وإنما تنتفى بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أخيراً فى «تبعات التضامن الاجتماعى» (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر فى سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض المحكوم عليه فى جنحة أو جناية فى الأحوال التى يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه برىء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى) . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر فى سنة ١٩١٩ وآخر فى سنة ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة فى أحوال معينة . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطنى (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسئولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة فى كثير من التفاؤل . فهذه تبعات الحرفة . وتبعات الطيران . وتبعات التضامن الاجتماعى ، قد رتب المشرع المسئولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسئولية بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risque de propriété) ، ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité) . حتى يستكمل بذلك جميع الصور فى «تبعات

الخطر المستحدث» (risque créé) . ولكننا لا نزال بعيدين كثيراً فى ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور. بل إن أهم صورة فيها ،وهى صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلا كاملا للمسئولية الموضوعية ما دام المضرور لا ينال تعويضاً شاملا عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسى قد أصدر . من جهة أخرى ، تشريعات هى نفى صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات(١) .

وأما القضاء الفرنسى فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً فى جعل هذا الخطأ مفروضاً فى أحوال كثيرة . وسنرى ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء. واستعان القضاء الفرنسى ،إلى جانب الخطأ المفروض فى المسئولية التقصيرية، بالمسئولية العقدية فى بعض الحالات. وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) فى بعض العقود وبخاصة فى عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسى ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية . ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التى تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية،وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

٥٢١ — المسئولية التقصيرية فى التقنين المصرى القديم : وقد أخذ التقنين المصرى القديم قواعد المسئولية التقصيرية عن القانون الفرنسى فى وقت كان القضاء الفرنسى فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية ، وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص فى المادتين ٢١٢/١٥١ على ما يأتى : « كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب

---

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ ويتعلق بمسئولية المعلمين عن تلاميذهم . وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٨٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة حالة محل مسئولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقق هذه المسئولية إثبات خطأ فى جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ يستثنى فيه من المادة ١٣٨٤ — بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض — حالة الحريق ، فجعل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .

ملزومية فاعله بتعويض الضرر » . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسى ، فأكمل نص المادتين ٢١٢/١٥١ بما يقرر مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم تحت رعايته ، وأقام هذه المسئولية على خطأ مفروض ، إذ قضى فى عبارة غامضة بما يأتى : « وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشىء عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أياهم » . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع (م ٢١٤/١٥٢) ، فالمسئولية عن الحيوان (م ٢١٥/١٥٣) ، فبنى المسئولية فى هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسى النص الخاص بالمسئولية عن البناء . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسى المسئولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر عليه هذا القضاء أخيراً فى تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض الفقهاء فى مصر نادى بوجوب الأخذ بها (١) ، فإن القضاء المصرى فى أحكامه ، عدا النزر اليسير (٢) ، قد قطع فى عدم الأخذ بها ، وأعلنت محكمة النقض هذا فى عبارات واضحة صريحة (٣) .

---

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٨٣ هامش رقم ٢ . وانظر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة الزقازيق الكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض : « إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولا عن مخاطر ملكه التى لا يلابسها شىء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتاتاً ، فلا يجوز للقاضى اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة . وإذن فالحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث لعامل على تقطيعة مسئولية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها والمسئولية الشيئية يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقرره الشارع ولم يرده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه » (نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة =

٥٢٢ — المسئولية التقصيرية فى التقنين المصرى الجديد : كان التقنين المصرى القديم قد التزم الإيجاز التام فى النصوص التى أوردها فى المسئولية التقصيرية ، على النحو الذى رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد فى هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التى كانت تشوب نصوص التقنين القديم(١) .

ويتبين من النصوص التى أوردها التقنين الجديد أمران :

اولا — أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة وقد أحسن فى ذلك صنعاً . إذ يجب فى هذا الصدد أن يسلك المشرع المصرى الطريق الذى سبقه إليه المشرع الفرنسى ، فيصدر تشريعات خاصة فى مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادى أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة ، فيأخذ بها فى هذه التشريعات

= ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ ص ٤٨٥) . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية فى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ ص ٧٤٥ — استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٤ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١ — وفى ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٠٩ (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« بالغ التقنين السابق فى التزام الإيجاز بصدد الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع . وليس يخلو هذا الوضع من شىء من الغرابة . ولا سيما إذا روعى أن أحكام المسئولية التقصيرية قد أصابت ، منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ، وبوجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل فى تقنين عصرى مكاناً لا يدانيه فى أهميته ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع فى قسمين رئيسين . أفرد أولهما للمسئولية عن الأعمال الشخصية ، وهى المسئولية العامة أصلا ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثانى فقد جمع فيه أحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وهى أحوال تقوم فيها المسئولية على افتراض الخطأ . وقد استهل المشروع القسم الأول بالقاعدة الأساسية فى المسئولية عن الخطأ الثابت ، فأفرغها فى نص واضح موجز اقتبسه من المشروع الفرنسى الإيطالى . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، فى هذه الناحية ، أرقى فى صياغتها التعريفية من التقنين الألمانى . فهذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تنطوى فى عمومه جميع التطبيقات التفصيلية لخطأ الشخصى ، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام . ومذهبه هذا يقرب من مذهب القانون الإنجليزى . ولكنه أخلق بنظام قانونى يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق فى المسائل التفريعية ، منه بتقنين يقصد به إلى تقرير مبادىء عامة . ولهذه العلة أعرضت عنه ذات التقنينات التى درجت على استلهام التقنين الألمانى ، كتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين النمساوى المعدل والتقنين البولونى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٠) .

إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلا ، متمشياً في ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد(١) .

(١) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بتحمل التبعة بالقدر المعقول ، نذكر ما يأتى :

١ — قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) : ويقضى بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامة الإصابة ، ولا يعفى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معاً متضامنين . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض تقتضى قانوناً مسئولية شخص آخر خلاف رب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض رب العمل أو ذلك الشخص الآخر . ويحل رب العمل الذى دفع التعويض محل العامل فى حقوقه قبل الشخص المسئول ، كما يخصم التعويض الذى يقبضه العامل فعلا من الشخص المسئول من التعويض المستحق له قبل رب العمل . وإذا دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فإنها تحل محل صاحب العمل فى حقوقه . وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، فقضى على كل صاحب عمل أن يؤمن على حوادث العمل التى يلزم بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قدمنا) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل العمال أى نصيب فى نفقات التأمين بأية طريقة كانت .

٢ — قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة : ويلحق أمراض المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ — قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المبانى والمصانع والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المنتفعين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) ومبلغ من الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٤ — قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) .

٥ — قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى بمسئولية السفينة — فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد — عن كل هلاك أو ضرر يصيب سفينة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراره للسفر مع السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان السفينة .

ثانياً — جعل التقنين الجديد المسئولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

ونحن نساير هذا الترتيب . فنبحث المسئولية التقصيرية فى فصلين :
(الفصل الأول) فى المسئولية عن الأعمال الشخصية .
(والفصل الثانى) فى المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣ — مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات : المسئولية عن الأعمال الشخصية . أى عن عمل شخصى يصدر من المسئول نفسه ، هى مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته فى جانب المدين . وهذه هى القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا فى حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، فى قاعدتها العامة . لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم فى أركان المسئولية . ثم فى آثار المسئولية .

الفرع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤ — أركان ثلاثة : تنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[١] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكب الخطأ بتعويض الضرر » . وفى لجنة المراجعة =

ويتبين من هذا النص أن المسئولية التقصيرية ، كالمسئولية العقدية ، لها أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية مابين الخطأ والضرر . فنتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

المبحث الأول

الخطـــأ (*)

(La faute)

٥٢٥ — مسألتان : نحدد أولا فكرة الخطأ الذى يوجب المسئولية التقصيرية، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

= عدلت المادة تعديلا لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد فى القانون الجديد، وأصبحت المادة ١٦٧ فى المشروع النهائى . وقد وافق عليها مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ — ص٣٥٦) .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: « تستظهر المادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٣ من القانون الجديد) فى عبارة أكثر ما تكون إيجازاً ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية فى عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ سبب ضرراً للغير) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤) .

تقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطنى القديم والمادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :

م ١٥١ من القانون الوطنى القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر ... ... » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشىء عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأى سبب آخر » .

(*) بعض المراجع : رولان (Rolin) فى بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٨٩٧ — راتسيرت (Rutsaert) فى أساس المسئولية غير العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ — مارتون (Marton) فى أساس المسئولية المدنية سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — تيسير (Teisseire) رسالة من إكس سنة ١٩٠١ — بسك (Bosc) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠١ — كوهندى (Cohendi) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ — سافاتييه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ — بترميه (Bettremieux) رسالة من ليل سنة ١٩٢١ — ليجال (Legal) رسالة من باريس =

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية

٥٢٦ — آراء مختلفة فى تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء فى تحديد معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذيوعاً ، وهى أربعة :

فرأى شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً فى تحديد معنى الخطأ . إذ يبقى أن نعرف ما هى الأعمال التى تلحق ضرراً بالغير ويمنعها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعينها ، وهذا ما نلمسه فلا نجده فى هذا الرأى .

ورأى ثان — قال به الأستاذ بلانيول — يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام

= سنة ١٩٢٢ — مينيه (Meignié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — ولهم (Wilhelm) رسالة من مونبليه سنة ١٩٢٨ — شميت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ — دوران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٢ — فيريه (Fairé) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — جوانون (Joatton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ — سليمان مرقس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ — لمير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ — ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ — هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

المقالات : إيمانويل ليفى فى المسئولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ وص ٣٨٣) — جينى فى محمل التبعة والمسئولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) — بلانيول فى أساس المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨) — جودميه (Gaudemet) تطور حديث فى المسئولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) — إسمان فى مبادىء المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفى ثلاث مسائل فى المسئولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) — شوفو (Chauveau) فى مسائل المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٠٦) — سافاتييه فى القواعد العامة فى المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) .

(١) أنظر المادة ٢١٢ من القانون المدنى القديم ، وتقول : « كل فعل مخالف للقانون ... » . وقد سبق ذكرها .

سابق (١) . يبقى هنا أيضاً أن نعرف ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ . يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ ، بل هو تقسيم لأنواعه .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل ليڤي يقول إن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم . ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (confiance légitime trompée) . وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين . فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول ساڤاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق . والإخلال بالواجب . والحق الأقوى أو الحق المماثل كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ . بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد .

٥٢٧ — الخطأ له ركنان — ركن مادى وركن معنوى : والرأى الذى استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسئولية التقصيرية من معناه في المسئولية العقدية . فالخطأ في المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانونى ، كما أن الخطأ في المسئولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدى . وقد رأينا أن الالتزام العقدى الذى يعد الإخلال به خطأ في المسئولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

---

(١) وهذه هي عبارة بلانيول ذاتها : La faute est un manquement à une obligation préexistante) (بلانيول ٢ فقرة ٨٦٣).

(obligation de moyen) . أما الالتزام القانونى الذى يعتبر الإخلال به خطأ فى المسئولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف . كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

ومن ثم يقوم الخطأ فى المسئولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادى وهو التعدى (culpabilité) ، والركن الآخر معنوى وهو الإدراك (imputabilité, discernement) .

§ ١ — الركن المادى : التعدى

٥٢٨ — مقياس التعدى مقياس موضوعى لا مقياس ذاتى : نستظهر مما تقدم أن الخطأ انحراف فى السلوك. فهو تعد يقع من الشخص فى تصرفه، ومجاوزة للحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه. فكيف يقع هذا الانحراف؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير — وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) — أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر — وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi-délit civil) .

أما الضابط فى الانحراف فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فيقاس التعدى الذى يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصى يستلزم أن ننظر إلى شخص المتعدى نفسه، لا إلى التعدى فى ذاته . أو نحن ننظر إلى التعدى من خلال شخص المتعدى . فنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً فى السلوك ، أى فى سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف فى سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادى فى الفطنة والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف فى سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون فى المستوى

العادى المألوف . فالتعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً فى السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة ، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصى على هذا النحو لا شك فى عدالته فهو يأخذ كل شخص بجريرته ، ويقيس مسئوليته بمعيار من فطنته ويقظته وهو فى الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانونى والخطأ الأدبى . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فضميره دليله ووازعه ، يشعره بما يهم أن يرتكب من خطأ ، ويثنيه عنه . أو يسجله عليه .ولكن المقياس الشخصى فيه عيب جوهرى لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالغرض. فهو يقتضى أن ننسب الانحراف فى السلوك إلى صاحبه .فننظر إلى الشخص ، وينكشف عما فيه من يقظة .وما خلص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات. وهذا كله أمر خفى .بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه. ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص. فالانحراف عن السلوك المألوف، تراه الناس فى العادة انحرافاً محققاً .يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى . ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين فى الفطنة . فماذنب ضحية هذا الانحراف؟وما الذى يعنيه —وقد حاق به الضرر— من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى وهل التعويض جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة . فيصيب المجرم فى نفسه قبل أن يصيبه فى ماله ؟ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى المتعدى ، فيصيب المسئول فى ماله قبل أن يصيبه فى نفسه ؟ لا شك فى أن التعويض جزاء مدنى لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك فى أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شىء اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن فى العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبأ بما يكنه مدينه من سريرة خفية ، كذلك الدائن فى العمل غير المشروع ينبغى أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعبأ بما ينطوى عليه مدينه من تراخ أو يقظة.

من أجل هذا كله رجح لأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصي . فيقاس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية . هذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس . فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض : وهو الشخص الذي اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية . حيث يطلب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل العادي . وهو شخص عرفه القانون الروماني ، وسماه برب الأسرة العاقل (bon père de famille). ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادي، ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي . فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي . فهو لم يتعد ، وانتفى عنه الخطأ ، وانتفت المسئولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف . فمهما يكن من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ ، وترتبت المسئولية في ذمته . بهذا وحده يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالغرض . فلا نحن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ، ولا المقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدي أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعدياً ، يستوى في ذلك أن يصدر من فطن ذكي أو وسط عادي، أوخامل غبي . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية، فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ويفضل لفظ (الخطأ) في هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح (العمل غير المشروع)، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذي يحرمه القانون) الخ ... فهو يتناول الفعل السلبي (الامتناع) والفعل الإيجابي ، وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء . وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي . وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ . ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص (اقرأ الرجل العادي). =

ولا نريد فى دفاعنا عن المقياس المجرد — وهو المقياس الذى أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء — أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسئولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة . إذا أخذ بهذا المقياس ، كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى. فقد يكون استنفد ما وسعه من جهد، وبذل ما فى طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى . فبعد انحرافه عن هذا المستوى تعديا . ويصبح مسئولا . ومسئوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس المجرد . فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى ، ومن هنا يجىء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً ، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد . أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنما . ومن نزل عنه كان نزوله غرما . هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع . وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه .

٥٢٩ — التجرد من الظروف الداخلية لا من الظروف الخارجية: وهذا المقياس المجرد — مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى — قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملابسة لشخص المتعدى . إذ هى ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى

= وقد أقر التقنين النمساوى هذا الضابط التوجيهى إقراراً تشريعياً، فنص فى المادة ١٢٩٧ على أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العاقلة أن تتوافر لديه درجة الانتباه والعناية التى تتوقع فى سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ فى كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة) . وقد عرض التقنين البولونى ، بعد أن وضع المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية ، لصورة التحريض والإعانة على الإضرار وصورة الإفادة من الضرر . فقرر فى المادة ١٣٦ مسئولية من يحرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يعينه على ذلك ، كما قرر مسئولية من يفيد عن بينة من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهى الخاصة بمسئولية الشريك ، فلا وجه للشك فيه ، لأن الاشتراك فى ذاته يعتبر خطأ مستقلا . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال محلا للنظر من وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع ممن أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يجاوز أمره حدود الانتفاع عن بينة من ضرر أصاب الغير ، فلا تجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (أنظر المادة ٥٠ من تقنين الالتزامات السويسرى)» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥) .

حتى لوكان هو محدود الذكاء ، قليل الفطنة ، ضعيف الإدراك (١). وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطىء الحركة ، خامل الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف ، ثائر الطبع ، عصبى المزاج — ولو أن سائق السيارة ليلا فى المدينة كان ضعيف النظر ، أو كان صبياً صغيراً فى السن ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة فى المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى . والشخص العادى هنا رجل سليم النظر ، تعود القيادة ، يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هى الصفات التى ألفها الناس . وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلا فى المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلا فى المدينة ، ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادى الذى جعل مقياساً مجرداً ، إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملابسة لشخص المتعدى إذ هى ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات . فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هى ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولا من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلا . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجى ، لا ينفرد به ، بل يستوى فيه مع سائر سائقى السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة فى المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجى كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها ، وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته فى منعطفات ضيقة ، أو فى شوارع مزدحمة بالناس ، أو على أرض مبللة . فى مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيطة والأناة فى السير . وهو قد يسوق سيارته فى شوارع فسيحة أو فى طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء فى طريق ممهد . فى مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

---

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المعنوى للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلى .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى ، الذى نجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملابسة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى. وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفاً داخلية شخصية يجب التجرد منها ، وهى ظرف السن ، وظرف الجنس ، وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبياً أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فإن الصبى الصغير إذا لعب مع رفقائه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملا تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتمريض ، لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفى الساذج ، وهو يعيش فى قريته النائية عيشته المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف. ذلك أن الصبى الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء، والريفى فيما يسكن إليه من حياة قروية، ينبغى أن يعتبر كل منهم منتمياً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث، شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبى مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبى بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى، فيما يدخل فى حياتهم الريفية ، قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى

أعمال الصبيان ، ولا هي من الأعمال التي تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً شخصياً بالنسبة إلى شيء معين ، ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف(١) .

٥٣٠ — عبء الاثبات في ركن التعدي : والتعدي على الوجه الذي بسطناه ، إذا وقع من شخص فألحق ضرراً بآخر ، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدي . فإن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصي صدر من المسئول ، وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فترتبت المسئولية في ذمته . وهذا هو عين ما قررناه في المسئولية العقدية . فقد قدمنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت إخلال المدين بالتزامه العقدي ، كما أن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه(٢) . وهنا ، في المسئولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني ، فلم يصطنع الحيطة الواجبة في عدم الإضرار بالغير ، بأن

---

(١) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدي (الإهمال أو التقصير) نفى الخطأ العمدي أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادي في سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمد انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر مازو ١ فقرة ٤٣٩) . ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فالتاجر الذي ينافس تاجراً آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولا حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعدياً إذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي . فها نحن هنا نطبق المقياس المجرد ، ولا يعنينا عنه قصد الإضرار بالغير . (قارن الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى فألحق الضرر بالدائن(١) .

٥٣١ — حالات ثلاث تجعل التعدى عملا مشروعا : وإذا أثبت الدائن فى المسئولية التقصيرية وقوع التعدى من المدين ، رجع عليه بتعويض الضرر الذى أحدثه هذا التعدى . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدى صفة عدم المشروعية ، فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسئوليته . إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان فى إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعى (état de légitime défense) ، أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) ، أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدنى الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهى حالات نقلت عن القانون الجنائى ، وتعتبر هناك أسباباً للإباحة . ونستعرضها هنا فى إيجاز .

٥٣٢ — حالة الدفاع الشرعى : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدنى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كان الأصل فى المسئولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك ألقى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . وراعى أن المشروع لم يبلغ فى هذه الناحية شأو التقنين السوفييتى فى ابتناء تلك المسئولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تفريعا على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . فتقضى فى المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير فى شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويبرأ من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن فى مقدوره أن يتقى هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إحداثه قانونا ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إهماله الفاضح) . وراعى من ناحية أخرى أن الشقة بين أحكام المشروع وبين المسئولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة لاتزال أبعد مدى ، مما يفرق تلك الأحكام عن المسئولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك أن الأوضاع الاقتصادية فى البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ فى عمقه مثل هذا المدى . وقصارى ما هنالك أن المشروع قنع بتطبيق المسئولية على أساس الخطأ المفروض فى نطاق الأحكام الخاصة بالمسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء . أما المسئولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا يوجد فى شأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٥)

الجديد على أنه« من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري . وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة(١)».

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وفي لجنة المراجعة تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعي ، واستقر الرأي على أن الدفاع الشرعي هو المحدد بشروطه في القانون الجنائي ، وقد أصبح نص المادة النهائي كما يأتي : « من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترح النص ، في حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعي ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المتفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة في الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعيضت عبارة «في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره» بعبارة « في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتمشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ — ص ٣٧٢) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون القديم ، ولكن القاعدة كان معمولا بها ، والقانون الجديد لم يفعل غير أن قنن أحكام القضاء في ذلك . وورد نصوص في قانون العقوبات عن الدفاع الشرعي نذكر منها ما يأتي :

م ٢٤٥ عقوبات : « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . (وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها) .

م ٢٥١ عقوبات : « لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ولمن أحدث الضرر كذلك أن يتنصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه ... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهي ثلاثة : الدفاع الشرعي ، وصدور أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعي فقد عرفها التقنينان التونسي والمراكشي في المادتين ١٠٤ — ٥٥ بأنها=

فالدفاع الشرعي عن النفس أو المال يبيح التعدي ويجعله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعي وهي : (أولا) أن يكون هناك خطر حال على نفس الدافع أو ماله ، أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة (١) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملا غير مشروع . فليس

= (حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . فمن يقوم بالدفاع الشرعي في مثل هذه الحالة ، فيحدث ضرراً للمتعدي ، لا يكون مسئولا ، ولا يعتبر ماوقع منه خطأ يوجب المساءلة . وقد نص التقنين الألماني صراحة على ذلك ، فقضى في المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرض على الشخص جبراً في سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون » . ولم يقتصر القانون البرتغالي على تخويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يقع على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبي ، وإنما هو واجب قانوني تترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن « كل من يمتنع عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التعويض مسئولية احتياطية » . وبديهي أن المسئولية لا ترتفع في حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان من ألجيء إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر في غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ماوقع منه من قبيل الخطأ ، وقاسم المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفي هذه الصورة يقضى للمضرور بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره القاضي وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت العبرة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التي يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهي تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحسب له حساب في ذلك . وإذن فقول الحكم بأن المتهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهالي بأية إصابة ، وأن قصد العساكر المجني عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقية إليه كان مجرد التهديد — هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفي ماتمسك به المتهم من أنه كان في حالة دفاع شرعي ، إذ هو لو كان اعتقد في الظروف التي كان فيها أن العيار الذي أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له مايبرره ولكان كافياً في تبرير فعل القتل الذي وقع منه (نقض جنائي في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٩٨ =

لمن ألقى القبض عليه بطريق قانونى أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعى. (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعى كان متعدياً ، وثبت فى جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه يقابله خطأ من جانب المعتدى . فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعى مسئولية مخففة، والتعويض الذى يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك . وسيرد ذكر ذلك .

ومتى توافرت شروط الدفاع الشرعى ، كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم. ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ فى جانب المعتدى عليه ، فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البادىء . والقواعد المعروفة فى نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا ينفى التعدى فى جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثانى) ان دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذى يقاس به ركن التعدى يؤدى إلى هذه النتيجة . فما هو السلوك المألوف للشخص العادى إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعياً فى ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يتهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة

= ص ٣٢١ — أنظر أيضاً نقض جنائى فى ٥ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٨٣ ص ٤٩٣). وقضت كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهم لم يطلق المقذوف النارى الذى أصاب المجنى عليه إلا حين رآه عند الفجر فى زراعته يسرق منها قطنا ، متى كانت الإصابة غير مميتة ، مما يسوغ القول بأن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى عن ماله (نقض جنائى فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٩ ص ٤٦٠) .

للدفع ، اعتبر عمله تعدياً يخفف منه الاعتداء الذى يودىء به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخريج ، لأنه هو الذى يتمشى مع المقياس المجرد لركن التعدى على النحو الذى أسلفناه(١) .

٥٣٣ — حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس . متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة . وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة . وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة (٢)» .

---

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٤٨٩ — هذا ولو أخذنا بالتخريج الأول ، واعتبرنا دفع الاعتداء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، لتعـذر تبرير الإعفاء من المسئولية التقصيرية فى حالة الضرورة ، ولـكان العمل الضار الذى يقع فى هذه الحالة خطأ قائماً لم يقابله خطأ يستغرقه من جانب المضرور (أنظر فقرة ٥٣٤ فيما يلى) .

(٢) تاريخ النص : ورد هـذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ — وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « من رئيس تجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من رئيس نظامى متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبـة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى تجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى تجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهـائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت كلمة « نظامى » لأنها تزيد . وأدمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : « وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » . وقد توخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلا يثير فى الذهن أن الأمر لا يعدو مجرد الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فلوازم أن المسئولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التى يتضمنها النص » . وأصبح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٣ — ص ٣٧٦) .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولـكن القضـاء كان يسير على مقتضى هذا الحـكم لانطباقه على القواعد العامة (أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م =

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدى عملا مشروعاً بشروط ثلاثة: (أولا) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً(١) . (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ، ولو غير مباشر ، طاعته واجبة عليه . وليس يكفى أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة — وهذا ما كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يكتفى به — بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مرؤوسه أمراً غير واجب الطاعة ، فلا يجوز للمرؤوس فى هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع ، وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية

= ١٠ ص ١٧٤ — وفى ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

ويشتمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدنى الجديد ، هو المادة ٦٣ ، وتجرى على الوجه الآتى :

«لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : (أولا) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانياً) إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة» .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وترتفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان . فيجب أولا أن يكون محدث الضرر موظفاً عاما . ويجب ثانياً أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس فحسب (وقد رأينا أن المشروع النهائى جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩) .

(١) ولما كان القانون المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا ، فقد كان القضاء لا يجعل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤ — محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ ص ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسئولا شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٢ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩)، وهل مدير الشركة يكون مسئولا شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يعلمون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع .

الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذى نفذه وأن هذا الاعتقاد مبنى على أسباب معقولة لا على مجرد الظن (١) . والثانى أنه راعى فى عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحرى .

بهذه الشروط وفى هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملا مشروعاً لا يوجب مسئوليته ، وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسئولية الرئيس الآمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المجرد . مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى . فإن الشخص العادى إذا وجد فى الظروف التى حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف . فلايكون متعدياً ولا تترتب مسئوليته(٢) .

وما يقال فى إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً فى إطاعة أمر القانون . فيكفى أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذا لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءه داخل فى اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبنى على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحرى ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادى(٣) .

٥٣٤ — حالة الضرورة : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدنى الجديد على أن «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره ، لايكون

---

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذى ارتكبه ، فإنه يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) — وانظر فى الموضوع : استئناف مختلط فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إدارى يجعل العمل مشروعا ، فإن الترخيص الإدارى لا يعفى من المسئولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسئولا إذا أضر الغير بخطئه ، ولا يستطيع أن يدفع مسئوليته بأنه حصل على ترخيص بإدارة المصنع واستوفى الشروط التى تطلبتها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً(١)».

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «من سبب ضرراً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً» . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٧٧ — ص ٣٨١) . وانظر أيضاً فى هذه المسألة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ٢٢٨ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص يقابل هذا النص فى القانون المدنى الجديد . ولكن قانون العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : «لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى» .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستتبع التخفيف من المسئولية أو نفيها . فهى تؤدى إلى التخفيف إذا لم يكن للمضرور نصيب فى قيامها . ويظل محدث الضرر مسئولا فى هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً ، باعتبار أنه ألجىء إلى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر تبعة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مسئولا قبل محدث الضرر أى قبل المضرور وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغى التحرز ، فى هذا المقام ، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى . ففى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذى كان يتهدده . أما القوة القاهرة فهى على النقيض من ذلك تلجىء إلى الإضرار إلجاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الداهم الذى يقصد إلى توقيه فى حالة الضرورة لا يكون للمضرور يد فى إحداثه . ويختلف عن ذلك وضع المضرور فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته محدث ذلك الخطر . ويتفرع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى ، وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه . ففى مثل هذه الحالة تنتفى المسئولية بتاتاً ، ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألمانى هذه التفرقة ، فنص فى المادة ٢٢٨ على أن (كل من أتلف أو خرب شيئاً مملوكا للغير لدرء خطر يتهدده أو يتهدد غيره من جراء هذا الشىء لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر) . وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها مع اختلاف فى التعبير ، فنص فى المادة ١٤٠ على أن (كل من =

فالشروط التى يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هى : (أولا) أن يكون الشخص الذى سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسئولية المدنية . أما المسئولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبى ، فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لـكى يتقى خطراً هو الذى جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسئوليته كاملة . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر ، فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسئولية أصلا . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذى وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذى يخشى الغرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة، كأن يقتلع شجرة مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الغرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة،

= خرب أو أتلف شيئاً مملوكا للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكا للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يتهدده أو يتهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشىء أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجلب هذا الخطر ، وكان الفعل الذى ترتب عليه الضرر لازماً) . ويلاحظ أن التقنينين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شىء علكه المضرور وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . ففى الحالة الأولى تنتفى المسئولية بتاتاً ، فى حين أنها تظل فى الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسئولية فى هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو نفيها فى جملتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩ — ص ٣٨٠) .

أنظر فى حالة الضرورة : مازو ١ فقرة ٤٩٢ — فقرة ٤٩٥ — ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها — سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقالا له نشر فى مجموعة من الدراسات فى القانون المدنى لذكرى كابيتان ص ٧٢٩ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ — لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها — لالمان (Lallement) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — أبوف (Aboaf) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ — ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة قاهرة تنفى المسئولية بتاتاً ، فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسئولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثانى أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع ، وهذا هو الفرض المألوف فى حالة الضرورة. فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دهمه ، يتفادى خطر المرض ، وهو فى العادة أشد بكثير من الخسارة التى تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة — ومن ثم وجب التفريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة — ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسئولية التقصيرية ، وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة. فالشخص الذى يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها ، ليطفىء حريقاً شبت فى داره ، لا يعفى من المسئولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها ، فيلزمه القاضى بتعويض مناسب ، أى بتعويض مخفف ، عن المسئولية التقصيرية — وهذا ما يقضى به النص صراحة — إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الجسامة . وفى هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر. ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة(١). ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسئولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسئولية .

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى ، لذلك لم تقم المسئولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص

---

(١) نقض أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ ص ٩٦٣ — وفى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ .

مخففاً للمسئولية . ووقع الانحراف كاملا فى الفرض الرابع ، لم يخفف منه ضرورة تبرره ، فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة(١) .

§ ٢ — الركن المعنوى : الادراك

٥٣٥ — مناط المسئولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوى فى الخطأ . فلا يكفى ركن التعدى ليقوم الخطأ ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدى مدركاً لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبى غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه عتهاً تاماً ، ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمرض ، والمنوم تنويماً مغنيطيسياً ، والمصاب بمرض النوم ، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم .

وهذه مسألة كاد الإجماع ينعقد عليها منذ تقررت فى القانون الرومانى ، وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ — ركن الادراك ينتفى الخطأ عن عديم التمييز : ولكن تيار

---

(١) بقيت مسألة أخيرة فى ركن التعدى ، هى المقارنة ما بين وضعين لا تتحقق المسئولية فى أى منهما مع أنهما وضعان مختلفان . فهناك وضع لم يقم فيه ركن التعدى فانتفى الخطأ ، ووضع انتفت فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبى . ويخطىء من يظن أن هذين الوضعين متماثلان . لاشك فى أن قيام السبب الأجنبى تنتفى به المسئولية ، فلا محل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسئولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبى إذا لم يقم ، بقى محل للبحث هل الخطأ منتف أو موجود .

وتظهر الأهمية العملية لما تقرره فى حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً فرضاً قابلا لإثبات العكس ، كما فى مسئولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المسئول فى هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبى (cause étrangère) ، بل يكفى أن يثبت انتفاء الخطأ (absence de faute) . وهذه مرحلة أيسر فى الإثبات إذ يستطيع من فرض فى جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم ينحرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى ، وبذلك ينتفى الخطأ . أما من يثبت السبب الأجنبى فإنه يثبت أن الطريق الذى سلكه هو الطريق الوحيد الذى كان يتحتم عليه أن يسلكه . والفرق ظاهر بين الوضعين .

فانتفاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبى (أنظر مازو ١ فقرة ٦٢٤ — فقرة ٦٣٣) .

النظرية المادية فى المسئولية التقصيرية . وهى النظرية التى تبنى المسئولية على تحمل التبعة لا على الخطأ . بدأ فى العهد الأخير يعيد إلى ميدان البحث مسئولية عديم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إنما تقوم على الضرر . ونعوا على المتمسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز . وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يعوض عديم التمييز إذا كان واسع الثراء ما أحدثه من ضرر جسيم لفقير معدم . فعمد بعض أنصار المسئولية المبنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . ورأوا فى المقياس المجرد الذى اتخذوه معياراً للتعدى ما ظنوه يعينهم على القول بمسئولية عديم التمييز فى نطاق الخطأ . فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً فحسب على إحداث الضرر . بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ . إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدى . والتعدى له هذا المقياس المجرد الذى سبق بيانه . وعديم التمييز . صغيراً غير مميز كان أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك . إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى . بدا انحرافه . ووضح شذوذه . ولم يدع مجالا للقول بأنه يتعرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير ، كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقياساً للتعدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية .

ونبادر إلى القول إنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدى ، فإن المقياس المجرد لهذا الركن لا يسعف فى نظرنا القائلين بمسئولية عديم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة . عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال . فالصبية والنساء والريفيون مقياسهم المجرد ، فى الأعمال التى تصدر منهم فى العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية . ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة ، وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بفرد منها بعينه . كذلك عديمو التمييز

هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين . فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة . ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز (١) . فإذا قيس سلوكهم في أي عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز ، فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تعدياً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا ينطوي إلا على ركن التعدي . والصحيح في نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسئولية المدنية ، مهما جردناها من العوامل الأدبية ، مرتبطة بهذا العامل الأدبي لا يجوز أن تنفك عنه . فهي تقوم على التمييز . والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً ، ما دامت المسئولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . فهي تربط المسئولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتشيع في المسئولية عاملا أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه ، إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد(٢) .

ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التمييز في المسئولية التقصيرية لا يكيف على أنه

---

(١) فالمجانين مقياسهم المجرد ، فيما هو من أعمال المجانين ، مجنون منهم تقاس تصرفاتهم إلى تصرفاته . ويلاحظ أن كل عمل يصدر من المجنون يعتبر من أعمال المجانين ، وأن المجانين سواسية في انعدام التمييز ، فأي مجنون يصلح أن يكون هو القياس المجرد .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٦٨ — كولان وكابيتان ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ — الموجز للمؤلف ص ٣٢٥ — ص ٣٢٧ — مصطفى مرعي بك ص ٤٩ — ص ٥٢ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٣١١ — ص ٣١٣ — أنظر عكس ذلك مازو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٣٥ — ص ٣٧ — ومع ذلك أنظر ص ٦٤ الدكتور عبد المعطي خيال بك مذكرات غير مطبوعة مشار إليها في مؤلف حشمت بك ص ٣١٢ .

هذا وقد بينا ما ينطوي عليه مقياس الشخص المجرد من تسليم جزئي بتحمل التبعة ، فلو قلنا بمساءلة عديم التمييز ، لسلمنا بالنسبة إليه بنظرية تحمل التبعة تسليما كاملا .

أهلية يجب توفرها . كالأهلية في العقد . إنما التمييز هو ركن الإدراك في الخطأ . وبدونه لا يكون التعدى خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الأهلية .

ونستعرض الآن ركن الإدراك في الشخص الطبيعي، ثم في الشخص المعنوى.

١ — الشخص الطبيعي :

٥٣٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٤ من القانون المدنى الجديد على ما يأتي :

« ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

« ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز . ولم يكن هناك من هو مسئول عنه . أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعياً في ذلك مركز الخصوم (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى ولو لم يكن أهلا للتعاقد . ٢ — إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيطت به الرقابة على هذا الشخص ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً في ذلك مركز الخصوم . ٣ — إذا أحدث شخص ضرراً في وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه » . وفي لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقترح أيضاً تعديل عبارة « تعذر الرجوع على المسئول » بعبارة « تعذر الحصول على تعويض من المسئول » حتى يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلا . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤى بعد المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقرت لوجب البحث في الحالة التي يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يبقى مسئولا بمقتضى الفقرة الثانية ، وقد رأت اللجنة أن المسئولية تبقى في هذه الحالة ولكن كل ذلك يستفاد من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كالآتي : « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن هناك أهلا للالتزام بالعقد . ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً في ذلك مركز الخصوم » . وأصبح رقم المادة ١٦٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة. =

٥٣٨ — التمييز ضرورى وهو فى الوقت ذاته يكفى — عديمو التمييز :
فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولا مسئولية تقصيرية ، يجب أن

= وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « ولو لم يكن أهلا للالتزام بالعقد » لأنها تزيد لا تقتضيه ضرورة (المؤلف : ويمكن القول بأن فى هذا الحذف تجنباً الخلط بين الأهلية وركن الإدراك فى الضرر) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقضى به العدالة ، وله سند من الشريعة الإسلامية . إذ جاء فى المادة ٩١٦ من المجلة ما يأتى : « وإذا أتلف صبى مال غيره فيلزم الضمان من ماله ؛ فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن وليه » . ولما اعترض فى اللجنة على التعبير « بتعويض عادل » أجيب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الصبى غير المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو فى الواقع مبدأ جديد على القانون المدنى ، والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادى وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى فى التعويض العادى . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٦ — ص ٣٦١) .

وفى القانون المدنى القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتى : « كل عمل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأى سبب آخر » .

أنظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من قانون الالتزامات البولونى والمادة ١٢٢ الفقرتين الثانية والثالثة من القانون اللبنانى .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « جعل التمييز مناطاً للأهلية (المؤلف : وقد بينا عدم الدقة فى هذا القول) فى المسئولية التقصيرية . فمتى كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فرجع الأمر فى هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل ، ويتعين على محدث الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . فالخطأ يفترض فى هذه الحالة ، والضرر لا يأتى إلا فى المرتبة الثانية من حيث تسلسل التتابع ووصل رباط السببية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التقنينان التونسى والمراكشى تطبيقاً لهذا الحكم نصا فى المادتين ١٠٢/٩٣ على أن (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية فى الالتزامات الناشئة عن الجنح وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترتفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختيارى ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ ممن أحدث الضرر ، إذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تظل قائمة فى هذا الفرض فهى مسئولية مخففة . وعلى هذا النحو تتأثر المسئولية الموضوعية أو المادية =

يكون مميزاً . والتمييز ضرورى ، وهو فى الوقت ذاته يكفى . أما أنه يكفى فيظهر ذلك فى أن الصبى المميز يكون مسئولا مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضرورى فيظهر ذلك فى أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولا عن أعماله الضارة ، لأن الإدراك ركن فى الخطأ ، فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص غير مميز ، أيا كان السبب فى انعدام التمييز .

فالصبى غير المميز ، وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره(١) ، لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلى أو لسبب عارض.

كذلك المجنون (٢) لا تصح مساءلته (٣) . ويفرض فى المجنون استصحاب حالة الجنون ، إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عتها كاملا عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الغفلة والسفيه ، ولو كانا محجورين ، والأصم والأبكم والأعمى ، ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من القانون

= بالصدارة على المسئولية الشخصية أو الثانية دون أن تحل علها على وجه كامل . فلا تترتب مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته وإما لإعساره . والثانى أن يسمح مركز الخصوم القاضى بأن يقرر للمضرور تعويضاً عادلا . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاقتصار إنقاص التعويض عدالة حتى يكون فى حدود سعته . ويراعى فى ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية وجسامة الخطأ (؟) ومدى الضرر » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٧ — ص ٣٥٨) .

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدنى الجديد على أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً التمييز » .

(٢) أنظر فى مسئولية المجنون : وينز (Weenz) مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٨٧ — نيجى (Neegu) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليوزونو (Limouzanu) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٢ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١

المدنى الجديد . فتجوز مساءلتهم جميعاً . لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر(١) .

وتنتفى المسئولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول. كالمنوم تنويماً مغنيطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك. فمتى ثبت أن الشخص الذى ارتكب العمل الضار كان فاقد الوعى أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل . فإنه لا تصح مساءلته لأن ركن الإدراك غير قائم .

٥٣٩ — نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز: وانعدام المسئولية لانعدام التمييز ذو نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسئولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً تاماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أولا) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الغفلة وغيرهما من ناقصى التمييز تصح مساءلتهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك . فإن عديم التمييز لا تنتفى مسئوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز . فإنه يكون مسئولا عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعى. وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يحمل عبء الإثبات: فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه . ولا يكلف المضرور أن يثبت أن فقد التمييز كان بخطأ من المسئول(٢) .

---

(١) استئناف مختلط فى ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوريلى م٢١٣ رقم ١١

(٢) رأينا أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً يقضى بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونرى أن الأصل فى المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو مخدر يكون قد عرف ذلك فى نفسه من قبل ، فإقدامه على السكر والمخدرات يعد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يعهد فى نفسه من قبل أن يفقد الوعى . ويترتب على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو بالصرع لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن خطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التقنينات الحديثة تقرر الحكم الذى تضمنه النص المحذوف من المشروع التمهيدى : أنظر م١٠٢/٩٣ من القانونين التونسى والمراكشى والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٣٨ من قانون الالتزامات البولونى .

(ثالثاً) ويجب لانعدام المسئولية أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول . فإن كان في مكان المضرور ، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر . فلا يرى القضاء المصرى في بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسئولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسئولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك (١).

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك(٢). فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسئولية المسئول عنه . ويكون هذا مسئولا عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيأتي بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسئولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولا عن تابعه أو عن أشياء في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية . وأخذنا بالرأى الذى يقول إن المسئولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عديم التمييز . ولا ينفيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولا عمن هم في خدمته

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع فدهمته السيارة ، فإن مسئولية السائق (ومخدومته) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذى ترك طفله في الشارع (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٨ — وانظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ — وفي ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ صبياً غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها يسألان متضامنين قبل المصاب (الطفل) عن التعويض كاملا ، ولا يخفف من مسئوليتهما ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نسبته له . والشركة إذا شاءت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٦) . أنظر في نقد هذا الحكم الأخير مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٦١ . ونرى أن عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادى تجب مراعاته عند تقدير خطأ المسئول .

(٢) وهذا هو الغالب ، لأن عديم التمييز يكون عادة في كفالة شخص يراقبه ويكون مسئولا عنه . ومن ثم تخف في العمل حدة انتفاء المسئولية عند انعدام التمييز .

مسئولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ فى جانبه ولو أنه عديم التمييز (١) .

٥٤٠ — مسئولية عديم التمييز فى حالات استثنائية : ثم إن القانون الجديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسئولية لانعدام التمييز حتى فى هذا النطاق الضيق الذى رسمنا حدوده فيما تقدم . فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم» .

ونبادر إلى القول بأن مسئولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ . فالخطأ كما قلنا ركنه الإدراك ، وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسئولية فى هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التى وردت فى النص ، يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة .

فهى أولا مسئولية مشروطة . وشرطها ألا يجد المضرور سبيلا للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولا إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة فى كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون فى كفالة أحد من هؤلاء أو فى كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية . فالمعهود إليه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بما يأتى : «حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم ، قد أفادت أنه لا يجب ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يقع الخطأ المنتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته ، فتصح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذى ينشأ من أعمال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يحق للسائل فى هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يمكن أن يتصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للادراك والتمييز حساب ، وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته» . (نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر للأحكام الجنائية ٥ رقم ٤١١ ص ٦٦٥ — مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٦١ مكررة) .

بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سنرى. فإن وجد، كان هو المسئول وحده نحو المضرور، ورجع المضرور عليه بالتعويض كاملا . أما إذا لم يوجد ، أو وجد ولكنه استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات العكس كما سيأتي ، أو لم يستطع نفي الخطأ ولكنه كان معسراً لم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض ، فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه .

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة . فهو لا يكون مسئولا حتما عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملا . ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قدمنا ، بل على تحمل التبعة ، فالقانون لا يحمله التبعة عن أعماله الضارة إلا في حدود عادلة . وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض هو مركز الخصوم من الغنى والفقر . فهو يقضي بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيراً معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز . وهو يقضي ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور في حاجة إلى التعويض، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للنفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم. وقد لا يقضي بتعويض أصلا — لأن الحكم بالتعويض في الحالة التي نحن بصددها جوازي لا وجوبي — إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده ، وبخاصة إذا كان المضرور في سعة من العيش . ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعويض مقدار ما بذله المضرور من العناية لتوقي الضرر الذي أصابه من عديم التمييز ، فإن تعريض المضرور نفسه في غير حيطة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تمييز عنده يعد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أتاه عديم التمييز . ولا عبرة بجسامة ما صدر من عديم التمييز من عمل ، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم (١). ولكن جسامة الضرر قد تكون محل اعتبار في تقدير التعويض ، فإن كان الضرر جسيما بدا التعويض عنه أكثر

(١) قارن ما ذكر خطأ في المذكرة الإيضاحية من مراعاة جسامة الخطأ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش) . وانظر في الاعتبارات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض المادة ١٣١٠ من القانون النمساوي ، وهي تذكر خطأ المسئول وإهمال المضرور في درء الخطر عنه وخطأه .

عدلا وأعلى قيمة . ويسترشد القاضي بوجه عام بجميع الظروف التي تلابس القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

والقانون المدني الجديد . في استحداثه هذه المسئولية الخاصة التي لم يكن القانون المدني القديم يعرفها (١) . قد جارى في ذلك كثيراً من التقنينات الحديثة(٢) .

ب — الشخص المعنوى

٥٤١ — جواز مساءلة الشخص المعنوى : المبدأ الذي استقر عليه القضاء والفقه في مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه . ولم يقع تردد في هذا المبدأ . وإذا كانت المسئولية الجنائية للشخص المعنوى يصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوى إلا فيما يتعلق بالغرامة والمصادرة والحل ، فإن المسئولية المدنية يسهل التسليم بها . فإنها تقع في مال الشخص المعنوى . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها ممثلو الشخص المعنوى . فيصبح هذا مسئولا عنها : مدير شركة يفصل عاملا في وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل . سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق . عامل البريد يضيع رسالة

---

(١) ولما كان النص الذي يقرر هذه المسئولية قد استحدثه القانون المدني الجديد ، فليس له أثر رجعي . والعبرة باليوم الذي وقع فيه العمل الضار ، فإن كان قبل يوم نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذي يسري ولا مسئولية على عديم التمييز ، وإلا فإن القانون الجديد هو الذي يسري وتتحقق مسئولية عديم التمييز المخففة .

(٢) أنظر المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٨٢٩ من القانون الألماني والمادة ١٣١٠ من القانون النمساوي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٢٢ من القانون اللبناني والمادة ٤٠٦ من القانون السوفييتي والمادة ١٨٧ من القانون الصيني والمادة ٢٣٧٧ من القانون البرتغالي والمادة ٢٠٤٧ من القانون الإيطالي الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ في بلجيكا .

وفي الفقه الإسلامي إذا كان الإتلاف مباشراً لا يشترط فيه التعمد أو التعدي «حتى أن طفلا ابن يوم ولد لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزم الضمان ، وكذا المجنون الذي لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان : الهندية» (الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل[١].

ولما كان الشخص المعنوى يختلف عن الشخص الطبيعى فى أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز . فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسئولية الشخص المعنوى عن أعمال ممثليه هى مسئولية المتبوع عن التابع . فتصل بذلك إلى تقرير المسئولية بالتضامن بين الشخص المعنوى وممثليه .

على أن هناك أحوالا يصعب فيها الوصول إلى مساءلة الشخص المعنوى عن هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذى يوجب المساءلة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوى (مجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة مثلا) . فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوى ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوى . كما إذا قوضيت شركة لمنافسة تجارية غير شريفة أو لتقليد مزور[٢].

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بمسئولية الشركات عن أعمال ممثليها ، وذلك كشركات السكك الحديدية (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٥ — وفى ٧ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الترام (استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٠) ، وشركات الملاحة (استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١) ، وشركات المياه والنور والغاز (استئناف مختلط فى ١٤ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧).

والوقف يعتبر شخصاً معنوياً وناظر الوقف هو الممثل له ، فيكون الوقف مسئولا عن أخطاء ناظره . وقد قضت محكمة النقض بأن الوقف بأحكامه المقررة فى الفقه الإسلامى هو فى فقه القانون المدنى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتبارى كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فخطأ الذى يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتبارى . فالحكم الذى يرتب المسئولية على جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملا بالمادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) لا يكون مخطئاً (نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه لا يكون الوقف مسئولا عن خطأ الناظر إذا لم يكن معيناً من قبل المستحقين لأن الناظر فى هذه الحالة لا يكون تابعاً للوقف (استئناف مختلط فى ١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ — وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٨٣). وسنرى أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوى مباشرة لا باعتباره متبوعا ، وعلى هذا الوجه تسقط الحجة التى وردت فى الحكم من أن ناظر الوقف إذا لم يعينه المستحقون لا يكون تابعاً للوقف .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٣ .

فى مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوى مسئولية عن عمل شخصى ، لا مسئولية المتبوع عن تابعه . ولا بد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدى فى الخطأ دون ركن التمييز . ويكفى لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوى قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوى مجرد فى الظروف الخارجية التى تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادى . كان هناك خطأ . وتحققت المسئولية(١) .

٥٤٢ — مساءلة الشخص المعنوى العام(٢) : وقد يكون الشخص المعنوى المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوى عام كمجلس من مجالس المديريات أو المجالس البلدية أو غيره من الأشخاص العامة . وتتحقق مسئولية الشخص المعنوى فى مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين . ذلك أن الأقضية التى تقوم على هذه المسئولية بالنسبة إليهما معاً تدخل فى اختصاص القضاء العادى ، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية . والقضاء العادى فى مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التقصيرية التى يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . وقد وصل فى بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن الخطأ مسئولية شخصية لا مسئولية المتبوع عن التابع(٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٢ — فقرة ٩٧٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٣١٤ .

(٢) أنظر فى مسئولية السلطات العامة : دويز (Duez) فى مسئولية السلطة العامة — تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — ديبير (Debeyre) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ — كليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية الدولة عن الخطأ الذى ترتكبه فى أعمال الرى (استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ — وفى ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٥ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٨) ، وفى أعمال الطرق والتنظيم (استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٧ — وفى ٢٢ مارس =

أما فى فرنسا فمجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة فى جميع المنازعات الإدارية ، فدخل فى اختصاصه النظر فى مسئولية الدولة مسئولية تقصيرية. وأخذت قواعد هذه المسئولية تتحور بالتدريج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدنى الخاص إلى النطاق الإدارى العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسى بادىء الأمر يضيق من مسئولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمساءلة الدولة ، وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى . ثم انتهى إلى التوسع فى هذه المسئولية عندما ترك المبادىء المدنية ووضع مبادىء إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسئولة عن الخطأ فى سير العمل الإدارى (faute du service) لا فى الخطأ المصلحى (faute de service) فحسب، ووصل بهذه المسئولية فى بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسئولة عن تبعات الأعمال التى تولد أخطارا جسيمة كالأشغال العامة(travaux publics). فبنى المسئولية فى هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

٥٤٣ — رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ : ولمحكمة النقض الرقابة على قيام ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية . وإذا كان التعدى كعمل مادى يعتبر من مسائل الواقع ، إلا أن وصفه القانونى بأنه تعد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادى يعتبر من مسائل القانون . كذلك انتفاء المسئولية فى حالة الدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ ، والحدود التى يسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض(١) .

= سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧) ، وفى أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ — وفى ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠) ، وفى أعمال الجمارك (استئناف مختلط فى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ — وفى ٢١ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٩ — وفى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٠). وقضت كذلك بمسئولية المجالس البلدية (استئناف مختلط فى ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا معقب على تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشىء ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك =

المطلب الثانى

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ — التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف فى استعمال الحق:

قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى. ويجب هنا أن نوجه النظر إلى تمييز جوهرى لا يلتفت إليه فى العادة، مع أنه فى نظرنا هو الذى يضع نظرية التعسف فى استعمال الحق فى مكانها الصحيح.

ذلك أن الانحراف فى السلوك قد يقع من الشخص وهو يأتى رخصة. وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً. وليس هنا مجال الإفاضة فى التمييز ما بين الرخصة والحق. وحسبنا أن نقول إن الرخصة هى حرية مباحة فى التصرف، كالسير والتعاقد والتقاضى والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التى كفلتها الدساتير للأفراد. أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون. فالملكية حق، والتملك رخصة. ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية فى أن يتملكوا طبقاً للقواعد التى قررها فى أسباب الملك، ومن ثم فالتملك رخصة. فإذا ما كسب الشخص ملكية شىء معين بسبب من أسباب الملك، انتقل من الرخصة إلى الحق، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هى حق الملكية على هذا الشىء المعين الذى ملكه، وهى مصلحة يحميها القانون(١).

= الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٥٤ — ص ٥٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٥٦ وفقرة ٩٦٧.

(١) وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يشتمل على نص، هو المادة ٥ من هذا المشروع، يقضى بما يأتى: «الحقوق المدنية نوعان: حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة». وورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة. وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق. فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها. أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك. ويقصد بالحق فى هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد كحق الشخص فى ملكية عين من =

والرجل العادى فى سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير . وإذا استعمل حقاً فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ما انحرف شخص وهو يأتى رخصة — مشى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر — عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادى ، فمشى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة ، أو تعاقد مع أحد الفنيين الموظفين فى مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه ، أو تقاضى فتنكب سبيل الاعتدال وأمعن فى الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضى فى غير ما وضعت له لدداً فى الخصومة ، أو كتب فأفشى سراً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه ، أو نشر فقذف شخصاً ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته . كذلك إذا استعمل حقاً معيناً — حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين — فجاوز الحدود المرسومة للحق الذى يستعمله ، بأن بنى فى ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك ، أو فتح المطل فى المسافة الممنوعة قانوناً ، أو قيد الرهن بأكثر من الدين ، أو تقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبيحه القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسئوليته .

وقد كان رجال الفقه فى القرن الماضى يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون فى إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الحق فلا يشترطون فى استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ فى نظرهم هو انحراف عن السلوك فى إتيان الرخصة أو مجاوزة للحدود فى استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا يخطىء ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مرهوناً بعدم مجاوزة حدوده . فإن جاوزها صاحب

— الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون ... أما ما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز فرخص أو إباحات كالحريات العامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير مما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠١ فى الهامش) .

الحق كان هذا خروجاً عن الحق ، وهو خطأ يحقق مسئوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسئوليته ، حتى لو انحرف فى استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن فى استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التى وضعت له. وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملا أو كان سيء النية . وهذه الصورة هى التى نظر فيها رجال الفقه الحديث ، ورأوا خلافاً للفقه فى الماضى أن المسئولية فيها يجب أن تتحقق. وأطلقوا عليها اسما معروفاً هو «التعسف فى استعمال الحق» (abusdu droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهى الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهى التعسف فى استعمال الحق. ونتناول كلا من الصورتين فى تطبيقاتها المختلفة .

§١ — الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥ — من قاعدة عامة واحدة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك قاعدة عامة تقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض. وهذه هى السياسة التشريعية التى جرت عليها التقنينات اللاتينية . فهى لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذى أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فإنها تعمد إلى التفصيل ، وتتفاوت فى إيراد الحالات التفصيلية للخطأ[١] . ومن المعروف فى القانون الإنجليزى أنه

---

(١) وكذلك الفقه الإسلامى لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيهما الضمان فيعالج بهما الضرر الذى يقع على المال، وهما الغصب والإتلاف. فالغصب هو أخذ مال متقوم محترم ، بلا إذن من له الإذن ، على وجه يزيل يده. بفعل فى العين. ويجب على الغاصب رد المغصوب لو كان قائماً فى مكان غصبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو تسبباً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف تسبباً يكون بعمل يقع على شيء فيفضى إلى تلف شيء آخر. فمن قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسبباً . والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً=

لا يشتمل على قاعدة عامة فى الخطأ ، بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمه ، ومن ثم سمى هذا القسم من القانون الإنجليزى ، لا بقانون الخطأ(Law of tort) ، بل بقانون الأخطاء(Law of torts) .

على أن الفرق ليس بكبير كما يظهر لأول وهلة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزية والجرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تتناول الخطأ فى ذاته وتحدد أركانه . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة ،ولكنها تنتهى فى تطبيقها القضائى إلى حالات فى الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود ، شبيهة بالجرائم الجنائية التى يعددها قانون العقوبات .

وها نحن ، على سبيل المثال ، نتناول فى إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذى انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ — حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل

النقل : من الميادين التى يتسع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقدر ما تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل

= (مجمع الضمانات ص ١٤٦) — أما الضرر الذى يقع على الجسم فتتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدنى . وجزاؤه الدية والأرش وحكومة العدل . أما الدية فتجب فى القتل غير العمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة خاصة لا تعويض مدنى) وفى الجناية على ما دون النفس عن غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة . والأرش جزء من الدية ، فإذا تعدد العضو الذى تمكن فيه المماثلة ، وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبة ما أصيب، وتسمى فى هذه الحالة أرشاً ، فيجب نصف الدية فى العين الواحدة وربعها فى أحد أشفار العين الأربعة وهكذا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرش ، أى فى الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضى ، وهذا معنى حكومة العدل (البدائع ٧ ص ٣٢٣ وما بعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل، وهى أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش ، تكاد تضع مبدأ عاماً فى الشريعة الإسلامية يقضى بأن العمل الضار الذى يصيب النفس فيما لا تمكن فيه المماثلة (ويدخل فى هذا أكثر الجراح والشجاج) عمداً كان أو غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضى . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذى يستخلص من قواعد الغصب والإتلاف وهو متعلق بالعمل الضار الذى يصيب المال . (أنظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦) .

يوم من حوادث النقل ما يوجب المسئولية . وهى حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفى البر والبحر والجو.

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر . والنقل بأجر قد يكون نقلا للأشياء أو نقلا للأشخاص. فنى نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه فى نقله سليما إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف فى أثناء النقل كان عامل النقل مسئولا . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل ، فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى. وتجبُّ المسئولية العقدية فى رأينا المسئولية التقصيرية ، فلا خيرة بين المسئوليتين.

وفى نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسى فى بادىء الأمر يرتب مسئولية عقدية. ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليه سليما معافى . والالتزام بضمان السلامة فى نقل الأشخاص ، كما هو فى نقل الأشياء ، التزام بتحقيق غاية . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسئولا مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبى (١) .

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن يستصحب شخص صديقاً له فى سيارته فى نزهة أو إلى مكان معلوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسئولا ، وعلى أى أساس تقوم مسئوليته ؟ نرى أن النقل فى هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك . فنستبعد إذن المسئولية العقدية(٢) . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . وهنا تنفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هى مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسئولا

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٥٢ — فقرة ١٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ٩٦٠ .

(٢) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ . وهو يقول بالمسئولية العقدية فى النقل المجانى .

نحـــو صديقه عن الضرر الذى أصابه حتى يقيم الدليل على السبب الأجنبى ؟(١) أو تستبعد المسئولية على أساس الحراسة ونبقى فى دائرة المسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول إن الصديق المضرور يجب أن يثبت خطأ فى جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيما باعتبار أنه رضى بإخلاء مسئولية صديقه بعد أن تبرع هذا بنقله . فلا يكون صاحب السيارة مسئولا إلا عن الخطأ الجسيم ؟ (٢) أو يكفى أن يثبت خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ؟ (٣) أما المسئولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ،

---

(١) أنظر من هذا الرأى جوسران فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١٣٧ — بيسون ص ١٦٠ .

(٢) أنظر من هذا الرأى ريكول (Ricol) فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ — وروجيه (Roger) فى تعليقـه فى داللوز ١٩٣٥ — ١ — ٣٨ . وينزع القضاء المصرى إلى هذا الرأى . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصـديق الذى يستلم لقيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما ينتهجه من أساليب القيادة وأنه موقن من حذقه ومهارته ، وكلاهما يكون مستهدفاً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المعقول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عنايته للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٨/٢ ص ٣٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل مجاناً يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسئوليته ، فلا يستطيع الرجوع إلا إذا أثبت فى جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تجعله مسيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ — وفى ٣٠ مارس سنه ١٩٣٣م ٤٥ ص ٢٢٥ — وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ — محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .

(٣) أنظر من هذا الرأى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٢٢ — جاردينا وريتشى فقرة ١٠٤ ص ٦٦.١ — جى فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣٠٣ — ريبير فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٦ — إسمان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية : ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ — داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٦ مع تعليق ريبير وسيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣٠٣ مع تعليق جى — وفى ٩ يونية سنـة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ — وفى ١١ يونية سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٤ — وفى ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩ مع تعليق إسمان — وفى ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ —

إذ شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجاناً فى استعمال الشىء الذى أحدث الضرر (١). كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسئولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسئولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولا نحو صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ يسيراً فى جانبه وفقاً للقواعد العامة (٢).

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى تترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة فى الطريق. ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير فى الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق (٣)، أو أن يدخل من شارع جانبى إلى شارع رئيسى دون أن ينتظر مرور السيارات التى تسير فى الشارع الرئيسى (٤)، أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطر يتهددهم من سيارته ،

= ٥٨٨ — وفى ١٨ يولية سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٥ — ١ — ٣٨ — وفى ٥ مايو سنة ١٩٤٢ سيريه ١٩٤٢ — ١ — ١٢٥ مع تعليق هنرى مازو . (أنظر فى أحكام أخرى بهذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية مازو ١ فقرة ١٢٧٨) .

(١) أنظر مازو ١ فقرة ١٢٧٤ — فقرة ١٢٧٥ وفقرة ١٢٨١ — فقرة ١٢٨٧ .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٢٧٣ — فقرة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيه (فقرة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر فى الفقه المصرى مقالا للدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ — ومصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٦٦ — فقرة ٦٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار فى طريق ذى اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذى يأتى من شارع جانبى يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الرئيسى ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضا بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط فى ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ — وانظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأن السائق الذى يأتى من الشارع الأصغر يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين فى الأهمية ، فالسائق الذى يأتى من جهة اليمين هو الذى يسبق (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٦) .

أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها (١) . وكثيراً ما تقع الحوادث من قطارات السكك الحديدية (٢) والمركبات الكهربائية (٣) وغير ذلك من وسائل النقل

---

(١) استئناف مختلط في ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ — وفي ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ — وفي ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ — وفي ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ — وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ — وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٢ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٦ — وفي ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — وفي ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

وانظر في حوادث السيارات : ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ — وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ — وفي ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨١ — وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٨ — وفي ٢٦ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٢٨ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ — وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ — وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٦ — وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٣ . وكان القضاء المختلط يقضي بأن المسئولية في حوادث السيارات لا تبنى على مجرد أن المسئول هو مالك السيارة (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣) ، ولكن بعد نفاذ القانون المدني الجديد تبنى المسئولية في حوادث السيارات على أساس الحراسة ، فحارس السيارة هو المسئول ولا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) .

(٢) أنظر في مسئولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت معيب أحرق مركبة (استئناف مختلط في ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) — وبسبب عيب في فرملة القطار (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) — وبسبب إعطاء إشارات خاطئة (استئناف مختلط في ٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) — وبسبب وقوف القطار بعيداً عن المحطة (استئناف مختلط في ١٦ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٨) — وفي مسئوليتها عن الأضرار التي تصيب الموظفين (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٠ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٧ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ — وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٨) — وفي مسئوليتها عن خروج القطار عن الشريط (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦ — وفي ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — وفي ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ — وفي ١٥ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٧ — وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) — وفي المسئولية عن الشرار الذي يتطاير (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ — وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٨) — وفي تصادم القطارات (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ — وفي ٣ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) =

= وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣) . وأنظر أيضاً نقض مدنى فى ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ — المحاماة ١٥ رقم ٧٨/١ ص ١٥٥ — استئناف مصر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ ص ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقانات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض فى دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد فى الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أقامت حراساً بالفعل عهدت إليهم إقفالها كلما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها وفتحها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهوداً للناس ، فقد حق لهم أن يعولوا على ما أوجبته على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحاً إيذاناً بالمرور بعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغى أن يقفله وجب اعتباره متخلياً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا إهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) . ولا محل للتحدى هنا بأنه على الجمهور أن يحتاط لنفسه ، كما أنه لا محل للتحدى بنص لائحة السكة الحديد التى حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الحظر جزاء متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم لا تفيد أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (نقض جنائى فى ١٠ نوفبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣١٩ ص ٩٠٥) .

وقضت محكمة المنصورة الكلية الوطنية بأنه وإن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بخفارة المزلقانات ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتنبيه المارة بوجود المزلقانات ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع فانوس للتحذير ليلا . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد فانوسين بنور أحمر على جانبى المزلقان لتحذير المارة ليلا ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مسئولية عليها عند وقوع حادث (المنصورة الكلية الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ٣٣ ص ٧٠) .

وانظر من القضاء المختلط فى حوادث المزلقانات : استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٥ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٥ — وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٩ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢١ — وفى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

(٣) أنظر فى مسئولية شركة الترام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٤ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٨ — وفى أول يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩١ — وفى ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٧ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٨ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٨) — وعن نزول الركاب مسرعين فى ذعر بسبب حادث وإصابتهم من جراء ذلك (استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٣ — وفى ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ — وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١١) — وعن إصابة المارة =

المختلفة (١) . ويلاحظ فى كل ذلك أن المسئول عن الخطأ . وهو السائق : استعمل رخصة أباحها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة ، فانحرف فى إتيان هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وأضر بالغير . فكان هذا خطأ يستوجب المسئولية . وسنرى أن المسئولية فى أكثر هذه الأحوال . بعد نفاذ القانون المدنى الجديد . لا تبنى على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولا عما تحدثه وسائل النقل من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدنى الجديد) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

٥٤٧ — حوادث العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المخترعات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى. ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هى أبلغ الحوادث أثراً فى تطور المسئولية التقصيرية .

وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) كان القضاء المصرى لا يجعل صاحب العمل مسئولا قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ فى جانب صاحب العمل (٢).

= فى الطريق (استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٩ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢١ — وفى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٨ — وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ — وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ — وفى ٢٠ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١١ — وفى ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ — وفى ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ — وفى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ — وفى ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ — وفى ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٧ — وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٦ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤١ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٩).

(١) أنظر فى حوادث الطيارات : استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٦.

(٢) استئناف مختلط فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٩ — وفى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٥١ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٥ — وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥ — وفى ١٤ يونية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٥ — وفى ٢٨ =

ولكنه كان يكتفى بإثبات أى إهمال(١) ، ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمى العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولا (٢). وتصبح مسئولية صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبياً صغير السن (٣) . ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسئوليته التقصيرية (٤) .وهو مسئول عن خطأ تابعه(٥) . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدراً عن مخاطر العمل (٦) . وترتفع مسئوليته

= مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٢ —وفى ١٨أبريل سنة ١٩٠٦م ١٨ ص٢٠٣ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩م ٢١ ص١٩٦— وفى ٧ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ — وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ص ٩١ — وفى٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١١ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩١٦م ٢٨ ص ٣٣٤ —وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ٣٦١ — وفى ٢٤أكتوبرسنة ١٩١٧ م ٣٠ ص٨ — وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩— وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ —وفى ٢٨ يونيةسنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٤٢ —وفى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١— وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص٤١٥— وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .

(١) استئناف مختلط فى ٢٤ نوفبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٩ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص٤١٥ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة١٨٩٦م٨ ص٣٠٣ — وفىأول مايو سنة١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٢ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٤ — وفى ١١ نوفبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص٢٨ — وفى ٢٨أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٧ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٣٦ —وفى٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٩ — وفى ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ — وفى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص٤١ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ — وفى ٢٨ أبريلسنة١٩٢٧م٣٩ص ٤١٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ص٤٩١.

(٣) استئناف مختلط فى ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٤ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤١٩ ص ١٧٠ — وفى٢١ أبريل سنه ١٩١٥م ٢٧ ص٢٨٤ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص٩٣ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٥) استئناف مختلط فى٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦م٩ص٧٨— وفى١١نوفبر سنة١٩٠٧ م ٢٠ ص٢٨— وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .

(٦) استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٦ — وفى أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص٣٠٤ — وفى ١٥ ديسمبرسنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص٨١ .

إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه(١) .

وبعد أن صدر قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذى حل محله ، خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل (٢).

٥٤٨ — المسئولية عن الأخطاء الفنية فى مزاولة المهنة: وكثيراً ما يخطىء رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك فى مزاولة مهنهم. فالطبيب قد يخطىء وهو يقوم بعملية جراحية ، وقد يخطىء الصيدلى فى تركيب الدواء ، والمهندس فى عمل التصميم الهندسى ، والمحامى فى القيام بإجراءات التقاضى ومراعاة المواعيد المقررة لذلك .

وأول ما تجب ملاحظته فى هذا الشأن أن مسئولية هؤلاء الفنيين تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم الفنية (٣) . ولكن الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة

---

(١) استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٢ فى الهامش . وانظر استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥ .

(٣) الدكتور وديع فرج بك فى مسئولية الأطباء الجراحين المدنية مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٨ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ — جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ — مازو ١ فقرة ١٤٨ وفقرة ٥٠٨ — لالو فقرة ٤٢٢ — سافاتييه فقرة ٧٧٥ — نقض فرنسى فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ — وفى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٤٠ — ١ — ٧٣ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ — ١ — ٨٤ .

أما القضاء فى مصر فيقضى بأن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية بعيدة عن المسئولية العقدية (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦ — استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٨ — اسكندرية ومصر الوطنية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ .

هى التى تقتضيها أصول المهنة التى ينتمون إليها . فالتزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسئولية العقدية بمعيار المسئولية التقصيرية . فهم فى المسئولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التى تقتضيها أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفنى المألوف من رجل من أوسطهم علماً وكفاية ويقظة . فالانحراف عن هذا المعيار، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنياً (faute professionnelle) . وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسئوليتين ، فإذا كان الخطأ المهنى عقدياً جبّ المسئولية التقصيرية . وإذا كان معيار الخطأ المهنى واحداً فى المسئوليتين ، فهناك فروق معروفة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تجعل انعدام الخيرة بين المسئوليتين ذا أهمية عملية . ونقتصر هنا على معيار الخطأ المهنى ، وهو واحد فى المسئوليتين كما قدمنا .

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى وجوب التمييز فى مزاولة المهنة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى . فالخطأ العادى هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة ، كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادى هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الخطأ المهنى فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة ، كما إذا أخطأ الطبيب فى تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، فى نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ المهنى إلا إذا كان خطأ جسيماً ، حتى لا يقعد به الخوف من المسئولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغى له من الحرية فى العمل ومن الطمأنينة والثقة فى فنه وفى كفايته الشخصية (١) . وبهذا الرأى أخذ القضاء المختلط فى بعض أحكامه (٢) .

والتمييز بين الخطأ العادى والخطأ المهنى فى مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق

---

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ — ديموج ٣ فقرة ٢٦٤ — سافاتييه فى تعليقه فى داللوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأن مسئولية الأطباء لا تتحقق إلا فى خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ — ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩ — ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ — ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

فى بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين فى حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء فى حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل الفنى مسئولا عن خطئه المهنى مسئوليته عن خطئه العادى ، فيسأل فى هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر(١) . والذى أدخل اللبس فى شأن الخطأ المهنى أن المعيار الذى يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً

(١) سوردا فقرة ٦٧٧ مكررة — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ — لالو فقرة ٤٢٦ — مازو ١ فقرة ٥١١ . محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يولية ١٩١٩ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١١٩ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٧٢١ — جرينوبل فى ٤ نوفبر سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٧ — ٢ — ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فنى ، جسيما أو يسيراً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذى يرتكب خطأ يسيراً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الطبيب الذى يخطىء مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ المين والجسيم ، ولا بين الفنيين وغيرهم ... والقول بعدم مساءلة الطبيب فى حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات فى التمييز بين نوعى الخطأ ، ولأن نص القانون الذى يرتب مسئولية المخطىء عن خطئه جاء عاما غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ المين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم . ويسأل الطبيب عن إهماله سواء كان خطأ جسيماً أو يسيراً ، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨) — أنظر أيضاً استئناف مصر فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ ص ٨٤ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ ص ١٣٢ . وقضت محكمة النقض بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه فى المعالجة ، ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية ، وقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى فى الماضى بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ يسير مادام محققاً متميزاً (certaine et caractérisée) : استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٢٠ — وفى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣ .

وانظر فى الفقه المصرى : الدكتور سليمان مرقس فى بحثه فى مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٥٥ وما بعدها) وفى مؤلفه الفعل الضار فقرة ٤٢ — فقرة ٤٤ — الدكتور وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها) — مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٧٠ — فقرة ٧٣ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٤٩ .

معيار فني . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطىء فيما استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هي ما لم تعد محلا للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلا (١) . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أي خروج على هذه الأصول المستقرة، جسيما كان هذا الخروج أو يسيراً ، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسئولية . والشخص الفني الوسط الذي يؤخذ معياراً للخطأ المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد. فإذا كان طبيباً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمي : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج مرضى الحي من مختلف أنواع المرض ، أو هو أخصائي لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرض ، أو هو العالم الثقة الذي يرجع إليه في الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره ، ولكل مستواه المهني ، ولكل معياره الفني (٢) . وما يقال في الطبيب يقال في

---

(١) أما المسائل الفنية التي تقبل المناقشة والتي لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا شأن للقاضي بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأي شخصي يرجح مذهباً على مذهب . وفي هذا المعنى تقول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه في العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسئولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج » (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبقت الإشارة إليه) — ومن ثم فالخطأ المهني ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفي هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : « مسئولية الطبيب عن خطئه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية . ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر » (٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨).

(٢) وتقول محكمة استئناف مصر في هذا المعنى : « وبالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور وديع فرج في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠ — الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ٤٤) .

المحامى والمهندس والزراعى وغيرهم من رجال الفن .

٥٤٩ — الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً مايكون الخطأ اعتداء على الشرف والسمعة. وليس من الضرورى أن يكون المعتدى سيء النية. بل يكفى أن يكون أرعن متسرعاً ، وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية. والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة .

يقع عن طريق النشر فى الصحف بالسب والقذف(١) . حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط(٢) . ولكن يراعى عدم التشدد فى اعتبار ما ينشر فى الصحف سباً أوقذفاً فى بعض الظروف التى تقتضى الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب (٣) ، وظروف الانتخابات (٤) ، وفى الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر(٥)،وفى النقد العلمى والفنى البرىء(٦).

ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب . وليس سوء النية شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية . فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولا مدنياً لأنه كان أرعن متسرعاً ولو أنه لم يكن سيء النية(٧). كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لاجنائيا

---

(١) استئناف مختلط فى ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٨ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ — وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٥ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩١ — وفى ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ — وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ — وفى أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٨ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢١ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٣٧ .

(٦) استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩٠ — وفى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١ . وانظر فى حدود النقد المباح من النواحى العلمية والأدبية والتاريخية مازو ١ فقرة ٥١٥ — ٥ .

(٧) دائرة النقض بمحكمة الاستئناف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ — استئناف وطنى فى ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ —

ولا مدنياً لأنه لم يكن سيء النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعا (١) . ويكفى لنفى التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى فى روعه صحة ما يبلغ عنه ولولم يكن صحيحاً فى الواقع . ويتخذ فى هذا معيار موضوعى مجرد هو المعيار المعروف للخطأ . فلا يكفى أن تكون هذه الدلائل قد ألقت فى روع المبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك فى روع الشخص العادى المجرد عن الظروف الداخلية التى تحيط بالمبلغ(٢) .

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع فى دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهماً غير صحيحة تنطوى على الرعونة والتسرع ، حتى لو لم يكن الخصم سيء النية فى هذا الاتهام (٣) .

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة تمس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها(٤) .

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة، بسوء نيةأوعن رعونة(٥). ولكن المصلحة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب

= استئناف مختلط فى ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ص٢٣٢ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥ .

(١) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦١ — وفى١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٦ .

(٢) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفى الأمن العام فلا مسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يتثبت من صحة الخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية،لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون(محكمة مصر الكلية الوطنية فى٦ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ١٦٩ص ٣٣٧) . كذلك يكفى لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المجنى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (أنظر فى الموضوع مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٨٥ — مازو ١ فقرة ٥٠٠) .

(٣) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٣٠ — وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ — وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ — وفى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٧ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً مازو ١ فقرة ٥٠١ .

قدم لها فى هذا الشأن لا تكون مسئولة[١]. ولا يكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين[٢] .

٥٥٠ — فسخ الخطبة والاغواء : والخطبة، أو الوعد بالزواج، ليست عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين ، فمثل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام . ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج ، إذ لم يكن خطأ عقدياً ، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض [٣] . ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسئولية التقصيرية . والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً فى التعويض إلا عن الضرر المادى [٤] . ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبى [٥] . على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١٢ ص ٥٣٨ — محكة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٨٦ .

(٢) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤ .

(٣) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ — وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ — وكفسخ الخطبة الطلاق ، كلاهما رخصة لا يجوز الانحراف فى استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا غير زوج مسيحى دينه ليطلق امرأته كان مسئولا عن التعويض (استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٨٧). أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون فى الأصل مسئولا إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٨ ص ١١٩ — استئناف مختلط فى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦) . ولكنه قد يكون مسئولا أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مسئوليته التقصيرية(محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ — محكمة شبين الكوم فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٧٧ / ٢ ص ٥٤٠ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ — قارن محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٢ — وانظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور السيد مصطفى السيد) .

(٤) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٧ .

الجنسى ، فلا تعويض لا لضرر مادى ولا لضرر أدبى ، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم(١). وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب فى الفسخ(٢).

هذه المبادىء الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر فى القضاء المصرى إلا بعد اضطراب وتأرجح . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطنى بنوع خاص ، تقضى بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلاسبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل مشروع ، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة ، كما أن تحرى العوامل التى دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التى لابست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذى يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه ، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة ! (٣) وفى الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى، من القضاء الوطنى والقضاء المختلط، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية. ذلك أن الحكمة فى جواز العدول عن الخطبة هى تمكين طرفيها من تفادى الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه: فلا تحمى الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف المهر فى حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلا للطلاق فى ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلا ضاراً موجباً للمسئولية المدنية ، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته فى تقدير الأفعال التى يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية

---

(١) استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ — وفى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ ص٦٨ — وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣١٣ ص٦٢٦ — وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٢٢/ ٢ ص ٨٥٥ — محكمة الزقازيق الاستئنافية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

الصيقة بالحرمات . فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعاً بعدم اختصاص القضاء بنظره ، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الإنسان(١) . ثم إن الأحكام التي قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم ، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض(٢) . ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية (٣).

---

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ — وفي ٣٠ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ ص٥٣٩ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ — وفي ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ ص ٧٣ — محكمة سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ — استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٣٠٧ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ — وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص١٩٦ — وفي٢١ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٢ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعى بك هذا الرأي في كتابه المسئولية المدنية (فقرة ١١٧ — فقرة ١٢١) ويورد طائفة من أحكام القضاء التي أخذت به والتي أخذت بعكسه .

(٢) وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية ، وقد جاء في حكمها ما يأتي : «الخطبة تنشيء علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني . ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانوني وعقد تام . وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت اللائم . وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً أي إجراء هذا التعاقد النهائي لأن الوعد بالتعاقد لا ينشيء إلا حقاً شخصياً ، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض . وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده . ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أوعنف أوخاليا مما يبرره أوبغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعويض . والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيء الذي تخلف عن فعل المخطيء . وتستحق المخطوبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح » (سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في هذا المعنى ما يأتي : «ومنشأ المسئولية في هذه الحالة هو الإساءة وهي فعل ضار ، فهي مسئولية عن شبه جنحة ، وليست مسئولية تعاقدية منشؤها الإخلال بعقد» . (الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

والذى يمكن تقريره فى هذا الشأن ، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو ما يأتى : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض . (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادىء فى حكم لها جاء فيه ما يأتى : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، خصوصاً وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها — بغض النظر عن العدول المجرد — أفعال ضارة موجبة للتعويض[١] » .

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً فى التعويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبى [٢]. فإذا كانت ضحية الإغواء فى سن تسمح بتدبر العواقب ، كان هذا سبباً فى تخفيف التعويض [٣] . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض [٤] . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبيعى ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ص ٣٠ — أنظر أيضاً فى هذا المعنى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٠ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص٣٨ .

(٤) استئناف مختلط فى ٢ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٨ — وفى ٢٥ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص١٣٤ .

مشروعية السبب ، وقد تقدم بيان ذلك. وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض. حتى لو كان الشاب قاصراً ، فإن المسئولية هنا تقصيرية لا عقدية ، والقاصر تجوز مساءلته تقصيرياً(١) .

٥٥١ — حالات أخرى مختلفة فى الخطأ التقصيرى : وهناك ، عدا ما تقدم ، حالات أخرى مختلفة فى الخطأ التقصيرى توجب المسئولية . منها الأعمال التى تترتب عليها مسئولية شركات المياه والغاز والنور (٢) . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات) ، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى المزاحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمـــال المتجر المزاحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن المتجر المزاحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر ، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة(٣) . ومنها الإجراءات القضائية الكيدية(٤)،

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ١٢٦ — محكمة القاهرة الكلية المختلطة فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .

(٢) أنظر فى هذه المسألة : استئناف مختلط فى ٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ — وفى ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ — وفى ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفى ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ — وفى ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ — وفى ١٤ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ — وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .

(٣) أنظر الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٠ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢) ، إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو بخطأ جسيم (استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ — وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) — ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدى (استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥) ، والتماس إعادة النظر الكيدى (استئناف مختلط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان فى الأصل حقاً لكل مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق يتقلب مخبثة إذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادى فى الإنكار أو غلا فيه أو تحيل به (نقض مدنى =

كالدعاوى والدفوع الكيدية (١) ، ودعاوى الإفلاس الكيدية (٢) والتنفيذ الكيدى (٣). ومنها المضار الفاحشة للجوار (٤) . وقد تترتب

= فى ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣) — وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأخيها يعد دفاعا كيديا ، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهى المصاريف التى صرفت منه فى سبيل إثبات وراثته ، وتلزم أيضاً بتعويض الضرر الأدبى الذى أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى خسر دعوى الاستحقاق فى صورة دفع فى معارضة ضد تنبيه بنزع الملكية وبدلا من أن يستأنف يرفع دعوى استحقاق مستقلة يكون مسئولا (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) .

(١) أنظر : استئناف مختلط فى ٧ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦٦ — وفى ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ — وفى ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٢ — وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ .

(٢) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤١ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٣) ويعد تنفيذاً كيديا أن ينفذ الدائن على أموال مدينه بما يزيد كثيرا على الدين ، إذا كانت هذه الأموال تقبل التجزئة بحيث كان يكفى التنفيذ على بعضها (استئناف مختلط فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) — ويعد كذلك تنفيذاً كيديا التنفيذ بمبالغ أكثر من المبالغ المستحقة (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٧) . ويعتبر الدائن الذى ينفذ بحقه مسئولا عن صحة إجراءات التنفيذ ، فإذا أخطأ فيها بما يجعل المزاد باطلا، كان مسئولا عن تعويض الراسى عليه المزاد بمقتضى هذا الخطأ التقصيرى (استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٥ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ — وفى ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٠ — وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . كذلك المدين إذا علم أن الشىء المحجوز عليه ليس ملكه ومع ذلك يترك التنفيذ يتم ويخصم الثمن الذى رسا به المزاد من دينه ، فإنه يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدى الحجز القضائى الكيدى (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٤ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) ، والحجز الإدارى الكيدى (استئناف مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ — وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦)، والحراسة الكيدية (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧) . ولا يعتبر تنفيذاً كيديا أن يوقع الدائن الحجز على محصولات المستأجر من المدين بحسن نية ولا يقدم المستأجر ما يدل على أن المحصولات له (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥) .

أنظر فى حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستعانة بوسائل التنفيذ والتحفظ إذا كان استعمال هذه الرخص كيديا إلى مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٨٦ — فقرة ١٠٢ .

(٤) ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت =

مسئولية الحكومة لأعمال تصدر من موظفيها مخالفة القانون (١) .

= ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وأن الجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . فالخروج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجا على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله (قارن مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ١١١ — فقرة ١١٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن الشركة التي تقيم مصانع وآلات في أحياء السكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا نجم عن تشييد بناء ضرر للعقار المجاور ، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا أنشأت الحكومة محلة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان في حي مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضت بألا مسئولية إذا بنيت منازل بجانب مصانع كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩) .

(١) ومسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية لا تخضع لقضاء الإدارى كما قدمنا . ومن ثم لم تتقرر مبادىء خاصة بهذه المسئولية الإدارية على غرار المبادىء التي قررها مجلس الدولة في فرنسا وهو مختص بنظر هذا النوع من الأقضية . والقضاء العادى في مصر يطبق في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية قواعد المسئولية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة تبعة الأشغال العامة التي تقوم بها لمصلحة المجموع . وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعة ، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مسئولة عن الأضرار التي تقع بسبب ما تقوم به من الأشغال العامة ، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعي إذ يعوض المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع .

ونذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية : نقض جنائي في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها) — نقض مدني في ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٤٢/١ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إبقاء أجنبي محبوساً مدة طويلة بغرض إبعاده) — نقض مدني في ٣ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسئولية الحكومة عن ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد نفذ بطريقة فنية : ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعة الأشغال العامة) — نقض مدني في ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرض وسواق قبل نزع ملكيتها) — نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٢ ص ٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وباق في الأشجار المغروسة في جوانب الطرق العامة) — نقض مدني في ٤ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تشتيت المظاهرات وقتل شخص غير متظاهر) — نقض =

§ ٢٤ — التعسف فى استعمال الحق (*)

(Abus du droit)

٥٥٢ — مسائل ثلاث : قدمنا أن الخطأ يكون لا فى الخروج عن حدود

—— مدنى فى ٤ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سببت تشعاً) — بل وقد تسأل الحكومة عن بطئها غير العادى فى نقل التكليف (استئناف مختلط فى ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٠ ص ٩٣٩) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ ص ٥٩ (مسئولية الحكومة عن الحوادث التى تقع بسبب مزلقانات السكك الحديدية : أنظر أيضاً فى هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٠/٢ ص ١٧٥ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨٠ — استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٣١٥ ص ٦١٠) — استئناف مصر الوطنية فى ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (تبخير وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠٦ ص ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إهمال قلم المحضرين) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٤/٢ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) — استئناف مصر الوطنية فى ٤ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٤/٢ ص ١٩٤ (إصابة خفير شخصا خطأ بعيار نارى — أنظر أيضا استئناف مختلط فى ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠١ : عسكرى يطلق البندقية قبل الإنذار) — استئناف مصر الوطنية فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٣ ص ٢٩٣ (سحب رخصة آثار مخالف القانون) — استئناف مصر الوطنية فى ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٣ ص ١١٨٥ (تعويض الأهالى عن أعمال الوقاية من الفيضان كقطع جسر النيل وتصريف المياه فى أرض الغير) .

(*) بعض المراجع : سالى (فى مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. législatives سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) — جوسران فى التعسف فى استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ — بلانيول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — كامبيون (Campion) فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥ . جوسران فى روح الحقوق وفى نسبيتها سنة ١٩٢٧ — بنكاز (Bonnecase) ملحق بودرى ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها ، والنظام الديمقراطى فقرة ١١٧ وما بعدها — ديموج فى الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧٣ وما بعدها — الرسائل: بوسك (Bosc) مونبلييه سنة ١٩٠١ — كوربسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ — سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ — فى القانون المقارن : أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق فى الفقه الإسلامى ليون سنة ١٩١٣ — ماركوفتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٣٦ — الدكتور السيد مصطفى السيد بك فى مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ — الفقه المصرى : الموجز فى النظرية العامة فى الالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٢ وما بعدها — مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٥٣ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها .

الرخصة فحسب ، ولا فى الخروج عن حدود الحق فحسب ، بل أيضاً فى التعسف فى استعمال الحق . وقلنا إن رجال الفقه فى القرن الماضى كانوا لايرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه . ولكن نظرية التعسف فى استعمال الحق — ولها جذور فى أعماق الماضى السحيق — ما لبثت أن استقرت فى العصر الحاضر ، وثبت عليها القضاء ، وسلم بها الفقه .

فنحن نتابع هذه النظرية : (١) فى تطورها التاريخى إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا لنراها مسجلة فى تقنيننا المدنى الجديد . (٢) ثم نبحث على أى أساس تقوم النظرية ، وبأى معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر فى حظها من التطبيق العملى فى نواحى النشاط المختلفة .

١ — التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق :

٥٥٣ — نظرية التعسف فى استعمال الحق نظرية قديمة : ليست نظرية التعسف فى استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المبتدعة ، بل هى نظرية قديمة عرفها الرومان ، وانتقلت إلى القانون الفرنسى القديم ، وتشبع بها الفقه الإسلامى . ولكنها اختفت ردحاً من الزمن بعد أن ظهرت مبادىء الفردية (individualisme) ، وأمعنت الثورة الفرنسية فى الأخذ بهذه المبادىء . وبقيت مختفية طوال القرن التاسع عشر ، لا تكاد تطل برأسها فى بعض أحكام القضاء حتى يتنكر لها الفقهاء ، إلى أن قيض الله لها فقيهين من أعلام الفقه الفرنسى ، هما سالى (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، فنفضا عنها التراب ، وأعادا لها الجدة . فما لبثت أن استقرت فى الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذت بها التقنينات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً فى الانتقاض عليها .

٥٥٤ — النظرية فى القوانين القديمة : قلنا إن القانون الرومانى عرف النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه إلبيان (Ulpien) أن من حفر بئراً فى أرضه وتعمق فى الحفر حتى قطع العروق النابعة فى عين لجاره ، لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسئولا إذا كان التعمق فى الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البريطورى (droit prétorien) فى تطبيق

النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته(١)

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسى القديم بعد إحياء دراسات القانون الرومانى فى العصور الوسطى . وذهب دوما (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة فى استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضى قد يتعسف فى مباشرتها فتتحقق مسئوليته (٢) .

ولم يكن الفقه الإسلامى ، وهو الفقه المشبع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف وتأمر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الرومانى فى الأخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق(٣). بل إن القانون المدنى الجديد قد حرص على أن ينتفع فى صياغة النص الذى أورده فى هذه النظرية بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى، واستمد من هذا الفقه الضوابط التى اشتمل عليها النص (٤).

٥٥٥ — الثورة الفرنسية والتقنين المدنى الفرنسى : كان هذا العهد مشبعاً بروح الفردية كما قدمنا ، ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان فى استعمال حقه ما دام لا يجاوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكصت النظرية فى ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق ، إذا كان قد عرف منذ القديم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم، كان ينقصه أن يصاغ فى نظرية فقهية شاملة تجمع شتاته. وهذا ما اضطلع به رجال الفقه فى القرن العشرين .

٥٥٦ — انتعاش النظرية فى العصر الحاضر : كان للقضاء ثم للفقه فى

---

(١) أبلتون فى المجلة الدولية لتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) منقول عن مازو ١ فقرة ٥٥٦ .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع رسالة المرحوم الأستاذ أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى — الدكتور السيد مصطفى السيد بك فى مدى استعمال حقوق الزوجية.

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ١ الباب التمهيدى ص ٣١ — ص ٣٥ .

فرنسا الفضل فى إحياء مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق، فصوغ المبدأ فى نظرية عامة شاملة . ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسى منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر المبدأ فى كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول فى حكمها الصادر فى ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (١) ، وقد أدانت مالكاً أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يحجب النور عن جاره ، ما يأتى : «ومن حيث إن المبادىء العامة تقضى بأن حق الملكية هو على وجه ما (en quelque sorte)حق مطلق ، يبيح للمالك أن ينتفع بالشىء ، وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولكن استعمال هذا الحق ، كاستعمال أى حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جدية مشروعة(intérêt sérieux et légitime) وأن مبادىء الأخلاق والعدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة (malveillance) ، وقد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة (mauvaise passion) ، دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية (aucune utilité personnelle) ، وهى تلحق بالغير أذى جسيما (grave préjudice)» .

وفى سنة ١٨٧١ قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتى : «حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذى الغير دون أن تكون له مصلحة فى ذلك (pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même)» (٢) .

ولكن الفقه لم يتنبه إلى هذه الطلائع من أحكام القضاء الفرنسى إلا فى أواخر القرن التاسع عشر . فكتب بعض الفقهاء فى ذلك (٣) . على أن الفقيهين اللذين قادا الفقه فى هذا الميدان ، فى مستهل القرن العشرين ، هما كما قدمنا

(١) دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ٩ .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٥٥٧ — تعليق فرون (Ferron) فى سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ١٩ .

(٣) سانكتلت (Sainctelette) فى كتابه المسئولية والضمان (Responsabilité et garantie) — سوزيه (Sauzet) فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .

سالى وجوسران . واستأثر جوسران بالجولات الأولى والأخيرة ، فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه «التعسف فى استعمال الحقوق» (De l'abus des droits)، جمع فيه أحكام القضاء منسقة، واستخلص منها أصول نظرية عامة فى هذه المسألة، على غرار نظرية سبقتها فى القانون الإدارى هى نظرية التعسف فى استعمال السلطة (détournement de pouvoir)(١). ثم كتب فى سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه «فى روح الحقوق وفى نسبيتها — النظرية المسماة بنظرية التعسف فى استعمال الحق» (De l'esprit des droits et de leur relativité—théorie dite de l'abus des droits)، كان أشمل المؤلفات فى هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيه الفرنسى المعروف . وهو يذهب إلى أن التعسف فى استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول فى ذلك : « ينتهى الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف فى استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يدحض ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له(٢)» . وظاهر أن النقد شكلى. إذ يكفى لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتعسف فى استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسئولية إلى هذا النوع الثانى ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً فى استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف فى رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن فى التسمية لا فى الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفا له ، فهذا لا شك فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون

---

(١) وقد كان القانون الإدارى طليعة القانون المدنى فى نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة ونظرية تحمل التبعة .

(٢) وهذا أصل ما كتبه بلانيول : Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. (Planiol II no. 841).

فى الوقت ذاته مخالفاً للقانون (١).

ومهما يكن من أمر فإن الفقه ، منذ صاغ نظرية التعسف ونسق ما بين أجزائها ، أنار السبيل للقضاء . فصار يمشى على هدى ، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء فى الفقه ، ثم تأثر به . وما لبث المشرع الفرنسى أن سار هو أيضاً فى هذا السبيل ، فسجل النظرية فى كثير من تشريعاته المتفرقة (٢) .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً فى التقنينات الحديثة ، حتى سما بها القانون المدنى السويسرى إلى الصدر من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحى القانون . ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسئولية التقصيرية تذكر فى المكان الذى نص فيه على هذه المسئولية (٣).

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين فى ظل القانون القديم . أما التشريع المصرى فلم يكن يشتمل على نص عام فى الموضوع . وإن كان قد اشتمل على بعض نصوص تطبيقية (٤) .

---

(١) الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٤ — وجاء فى هذه الفقرة أيضاً ما يأتى : «أما الذين ينكرون على النظرية أن من معاييرها تلمس الدافع الذى حدا بالشخص على استعمال حقه على النحو الذى اختاره ، وأن الدافع شىء خفى يتعذر الغوص عليه فى أعماق الضمير ، فينبغى أن يتنبهوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصى فى القانون . والمعايير الشخصية كثيرة . وفى كل وقت يطلب من القاضى أن يطبقها على الأقضية التى تعرض له ، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع للتعاقد ، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام ، وعن الغش والتواطؤ فى الدعوى البوليصية ، وما إلى ذلك» .

(٢) أنظر فى هذه التشريعات المختلفة مازو ١ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وهذا ما جاء فى المادة الثانية من القانون المدنى السويسرى : «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التى يرسمها حسن النية . أما التعسف الظاهر (abus manifeste) فى استعمال الحق فلا يقره القانون» . ونصت المادة ٢٢٦ من القانون الألمانى على أنه «لا يجوز استعمال حق لمجرد الإضرار بالغير» . ونصت الفقرة الثانية من المشروع الفرنسى الإيطالى على ما يأتى : «يلتزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن جاوز فى استعماله لحقه الحدود التى يقيمها حسن النية أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق» .

أنظر أيضاً المادة ١٣٥ من قانون الالتزامات البولونى والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من القانون النمساوى والمادة الأولى من القانون السوفييتى .

(٤) مثل ذلك : م ٣٨/٥٩ — ٦٠ مدنى قديم : «ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التى=

ولكن القانون المدنى الجديد احتفل بالنظرية ، وعنى بها عناية خاصة . فأحلها مكانا بارزا بين نصوصه، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدى لا المسئولية التقصيرية(١) .

= عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد إرادته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى » . — م ١١٥/١٢٠ من قانون المرافعات القديم: « يجوز للمحكمة فى جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات فى مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مرافعة كان القصد منها مكيدة الخصم » .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يبد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى ، وإنما بسطه على هذه النواحى جميعاً ، بل وعلى نواحى القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام . ولذلك آثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعاً عاما ، محتذيا مثال أحدث التقنينات وأرقاها (أنظر المادة ٢ من التقنين المدنى السويسرى والمادة الأولى من التقنين المدنى السوفييتى) . وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق فى دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع فى صياغة النص بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى ، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى فى التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (المواد ٣٨/٥٩ — ٦٠ مدنى و١١٥/١٢٠ مرافعات) واستلهمها القضاء فى كثير من أحكامه (استئناف مختلط فى ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص١٨٩ — وفى ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ولهذا لم ير المشروع أن ينسج على منوال التقنين السويسرى فى النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه ويفى بالتزاماته وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن التعسف الظاهر فى استعمال حق من الحقوق لا يحميه القانون . ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التى آثرها المشرع السوفييتى إذ قضى فى المادة الأولى من التقنين المدنى بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبنانى (م ١٢٤) وهى لا تعدو أن تكون مزاجا من نصوص التقنين السويسرى والتقنين السوفييتى. والواقع أن المشرع تحامى اصطلاح « التعسف » لسعته وإبهامه وجانب أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستمد من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص. ومن المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيء للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد ، ولاسيما أنها جميعاً =

ب — الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق والمعيار الذى تأخذ به :

٥٥٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر (١)» .

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتى :

« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

« (ا) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير» .

«(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » .

« (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة(٢)» .

ولدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصرى من طريق الاجتهاد .... وعلى هذا النحو وضع المشروع دستوراً لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادىء فى الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه . وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامى فى أرق نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة» . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣١ — ص ٣٢ وص ٣٥) .

(١) تاريخ النص: لم يكن للمادة ٤ مقابل فى المشروع التمهيدى . وقد اقترح فى لجنة المراجعة وضع النص الآتى : «من استعمل حقه استعمالا جائزاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر» ، ليقرر المبدأ العام الذى يمهد للنص التالى الخاص بالتعسف فى استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «مشروعا» بكلمة «جائزا» ، وبقى رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصبح استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (ا) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف» . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : «يكون استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (ا) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت

ويلاحظ بادىء الأمر أن القانون المدنى الجديد ، إذا كان قد آثر أن يضع هذه النصوص فى الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادىء الجوهرية التى تسود جميع نواحى القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى على النحو الذى قدمناه ، فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية (١) .

٥٥٨ — الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : فالأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التقصيرية. إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض. والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً . وليس التعويض العينى — كالقضاء بهدم المدخنة التى تحجب النور عن الجار — بمخرجه عن نطاق المسئولية التقصيرية ، فإن التعويض العينى جائز فى الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى . ولا نحن فى حاجة إلى القول بأساس مستقل

= كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها غير مشروعة » . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٥ . ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «مشروع» بكلمة «جائز» ، وبقى رقمها ٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ — ص ٢١١) .

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد باشا طويلا المكان الذى يوضع فيه النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هى إلا توسع فى فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطقى فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التعريفات كالمشروع الفرنسى الإيطالى والقانون البولونى والقانون اللبنانى . فقيل رداً على ذلك إن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام . فإذا كان هناك نص ينبغى بطبيعته أن يندرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م ٢) . أما التقنين الألمانى فقد أفرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان «فى استعمال الحقوق» (م ٢٦٦) . وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فما ذلك إلا اضطراراً ، حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٤ فى الهامش) .

للتعسف فى استعمال الحق يتميز به عن المسئولية التقصيرية — كما ذهب بعض الفقهاء(١) إلى ذلك — إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالى فى شأنه (٢) ، فإن التهديد المالى جائز فى الالتزام الناشىء عن المسئولية التقصيرية جوازه فى أى التزام آخر (٣).

ويبقى التعسف داخلا فى نطاق المسئولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلا بالتعاقد (٤). فالمؤجر الذى يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسئوليته التقصيرية. ويكون مسئولا مسئولية تقصيرية كذلك من تعسف فى إنهاء عقد جعل له الحق فى إنهائه . كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

٥٥٩ — معيار نظرية التعسف فى استعمال الحق : فما هو إذن المعيار الذى يصلح اتخاذه لنظرية التعسف فى استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذى وضع للخطأ التقصيرى ، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورتيه كما قدمنا . ففى استعمال الحقوق كما فى إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا هو انحرف — حتى لو لم يخرج عن حدود الحق — عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التى عددها نص القانون الجديد : ١) قصد الإضرار بالغير. ٢) رجحان الضرر على

---

(١) أنظر بنكاز ملحق بودرى ٢ فقرة ٢٣٦ — سافاتييه فى تعليق له فى داللوز ١٩٢٨ — ١ — ٧٣ .

(٢) وذلك كالحكم على من أقام حائطاً فى ملكه ليحجب النور عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٣) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هامش رقم ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسئولية فى القانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القديمة) . فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف (وكان وجه الطعن هو أن الحكم خالف المادة ٢٩ من اللائحة إذ أخذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد فى حين أنه لا مجال للاجتهاد والاستناد إلى قواعد العدل متى كان النص صريحاً) (نقض مدنى فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩) .

المصلحة رجحاناً كبيراً . ٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠ — قصد الإضرار بالغير : المعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج فى المعيار الموضوعى العام للخطأ . فإنه لا يكفى أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلى الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير ، اعتبر هذا تعسفاً ، ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق . ويكون تعسفا ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى . فلو أن شخصاً غرس أشجاراً فى أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متعسفاً فى استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع .

ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يكفى إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذى اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد فى إحداثه (١) .

---

(١) فلو أن شخصاً يملك أرضاً للصيد ، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يقصد ذلك فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يعد هذا التصرف تعسفاً ، لا باعتبار أنه ينطوى على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حالة من الحالات الثلاث التى يتحقق فيها التعسف فى استعمال الحق .

بقى أن نعالج فرضاً كثير الوقوع فى العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد فى إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك . ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة فى استعمال حقه على الوجه الذى أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر . كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

٥٦١ — رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً : المعيار هنا موضوعى . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسى فى الخطأ . معيار السلوك المألوف للرجل العادى . فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له فى ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر . ويكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً ، على حد ما جاء فى النص ، « إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يفعل ذلك . ومن يفعل ، فهو إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفى الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . وارتكب خطأ يوجب مسئوليته . وقد طبق المشرع هذا المعيار ، إذ جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدنى الجديد ما يأتى : « ومع ذلك فليس للمالك الحائط

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى فى طليعة النصوص التشريعية التى دعمت أسس نظرية التعسف فى استعمال الحق . والجوهرى فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه . ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق الحكم نفسه فى حالة تفاهة المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٢ — ص ٣٣) .

أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط(١) » .

٥٦٢ — عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها : والمعيار هنا هو أيضاً موضوعى ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتياً هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، والإدارة التى تفصل موظفاً إرضاء لغرض شخصى أو لشهوة حزبية ، والمالك الذى يضع أسلاكاً شائكة فى حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشترى منه أرضه بثمن مرتفع ، ومؤجر العقار الذى يمتنع من الترخيص فى الإيجار من الباطن لمشترى المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توقياً لضرر بل سعياً وراء كسب غير مشروع يجنيه من المشترى (أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من القانون المدنى الجديد) — كل هؤلاء يتعسفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة(٢) .

---

(١) أنظر أيضاً المادتين ٨٢٦ و١٠٢٩ من القانون المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار فى هذه الحالة مادى . ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير . ويساير الفقه الإسلامى فى أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول الغربية على حد سواء» . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأولى حالة استعمال الحق استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان المعيار فى هذه الحالة ماديا فى ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطتها كفصل

وقد آثر القانون الجديد هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين فى الفقه، أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) ،والثانى معيار الهدف الاجتماعى(but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتلخص فى أن صاحب الحق يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا كان الغرض الذى يرمى إليه غرضاً غير مشروع(١).وظاهر أن معيار «المصلحة غير المشروعة» خير من معيار «الغرض غير المشروع» .وإذا كان كلاهما يؤدى إلى نتيجة واحدة ، فإنمعيار «المصلحة غير المشروعة» هو تعبير موضوعى عن المعنى الذاتى الذى ينطوى عليه معيار «الغرض غير المشروع». فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق (٢).

ومعيار الهدف الاجتماعى يتلخص فى أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا انحرف صاحب الحق فى استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متعسفاً وحقت مسئوليته. وعيب هذا المعيار ، بالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعى لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعى أو اقتصادى يكون منضبطاً إلى الحد الذى يؤمن معه التحكم ويتقى به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعى هو الباب الذى ينفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفى هذا من الخطر ما فيه . أما معيار « المصلحة غير المشروعة »فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة (٣) .

= الموظفين إرضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجتمعة فى أول مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنينات الحديثة والفقه والقضاء . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص٣٣) .

(١) أنظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ .

(٢) أنظر فى نقد معيار الغرض غير المشروع مازو ١ فقرة ٥٧٥ .

(٣) أنظر فى نقد معيار الهدف الاجتماعى مازو ١ فقرة ٥٧٢ .

٥٦٣ — معياران فى المشروع التمهيدى حذفا فى المشروع النهائى :

وقد كان المشروع التمهيدى يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :

(١) التعارض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار مادى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى . وقننته المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و٢٨ و٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة . كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة فى خصبها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات . فهى مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس (١) » . ويتبين من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها فى وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة . من أن يكون معياراً يتخذه القاضى للتطبيق العملى فى الأقضية اليومية . وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

«والثالثة حالة استعمال الحق استعمالا من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف. والمعيار فى هذه الحالة مادى. وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار ، إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراط . إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل . والقضاء فى

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، الباب التمهيدى ص ٣٣ — مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٩ .

مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي (العطارين الجزئية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ – استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨). وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه فقضت في المادة ١١٩٨ بأن: «كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً». وعرفت الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ بأنه: «كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه». وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة في المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢. وقد جرى القضاء المصري منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادىء. ولا سيما فيما يتعلق بصلات الجوار. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن «الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أي ضرر جسيم بالجار ... ويدخل في ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه. وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادىء ذاتها (١)». ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثاني ليس إلا المعيار الذي يطبق في حقوق الجوار. وهو معيار «الضرر الفاحش». وقد حذف في المشروع النهائي لأن مضار الجوار في القانون المدني الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق. فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق. بل هو خروج عن حدود الحق. وقد رأينا ذلك فيما تقدم (٢).

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ١ الباب التمهيدي ص ٣٤ — مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢١٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥١ — هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق محل مناقشات مسهبة في لجنتي مراد سيد أحمد باشا وكامل صدقي باشا. وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد باشا النص الآتي: «لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التي عليها حسن النية أو يقررها الغرض الذي من أجله وجد هذا الحق». وفي لجنة كامل صدقي باشا اقترح النص الآتي: «لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا جاوز الحدود التي يقتضيها حسن النية أو الغرض الذي من أجله تقرر هذا الحق». وذكر أن هذا النص يكاد يردد حرفياً ما جاء بالمادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٣٥ من القانون البولوني والمادة ١٢٤ من القانون اللبناني. وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر جميعاً أن نظرية إساءة استعمال الحق تخضع لاعتبارين أساسيين: أحدهما نفسي محض وهو نية التدليس التي تصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالغير، والثاني مادي يواجه الضرر المتسبب

٥٦٤ – معايير التعسف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن للتعسف في استعمال الحق على الوضع الذى جاء به القانون المدنى الجديد معايير ثلاثة . نية الإضرار ، ورجحان الضرر ، والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هى المقابلة للخطأ العمدى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هى المقابلة للخطأ غير الجسيم .

فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان فى صورتى الخطأ : صورة التعسف فى استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم ، ففى الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأيناه أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وفى التعسف فى استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا فى حالة واحدة هى أن يرمى صاحب الحق فى استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم فى التعسف أضيق منه فى الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب فى ذلك إلى نصوص القانون التى ضيقت من حدود التعسف(١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ

= عن مباشرة هذا العمل فى نطاق يجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالى : « لا يجوز لأحد أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولمجرد قصد الإضرار بالغير » ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهى : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر الفعلى . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد فى هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم فى أى من التشريعات الحديثة لتجنيب المحاكم الوقوع فى العثرات التى يهيئها تطبيق نص جديد فى مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص المشروع الفرنسى الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالى : « يعد مسئولا كل من تجاوز حدود الغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنص آخر يجمع بين الفكرة التى عبر عنها القانون المدنى الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنتهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالغير دون فائدة تعود على من يستعمله ، أو إذا كان مخالفاً صراحة للغرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله » . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنص الوارد فى المشروع النهائى للقانون المدنى الإيطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والغرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . فوافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وجعله المادة ٧ من الباب التمهيدى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٨ فى الهامش) .

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد القانون القديم يطبق هذه المبادىء قبل أن ترد فى نصوص القانون الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتساف =

فى التعسف هى صورة مستحدثة ، فيحسن عدم التوسع فيها .

جـ — تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٥٦٥ — تطبيقات تشريعية وتطبيقات قضائية : تنتشر تطبيقات التعسف فى استعمال الحق فى جميع نواحى القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة فى القانون المدنى الجديد ، فتسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم ، ولم يخرج القضاء فى تطبيقه لنظرية التعسف عن المبادىء التى قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية (١) .

٥٦٦ — تطبيقات تشريعية من نصوص القانون المدنى الجديد : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتى : « الحالة المدنية للأشخاص

= فى استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرض جدى شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسى منه هو الإضرار بالغير (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤). وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن اختار عمداً من بين الطرق القانونية المواتية له ما يضر منها بالغير من غير أية فائدة يجنيها ، فإنه يسىء استعمال حقه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ ص ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التعسف فى استعمال الحق عمل غير مشروع ، إما لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير ، وإما لأنه انحرف عن الغرض الذى أعطى الحق من أجله ، وإما لأنه ألحق بالغير ضرراً جسيماً (استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) .

هذا وجزاء التعسف فى استعمال الحق يغلب أن يكون تعويضاً نقدياً . وقد يكون تعويضاً عينياً ، إما بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم الحائط الذى يحجب النور مثلا) ، وإما بمنع الضرر أن يقع (كما إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، وتعسف الدائن فى المطالبة بهذا التنفيذ فى غير مصلحة جدية ، فإنه يمنع من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض نقدى : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وسنرى أمثلة أخرى فى التطبيقات التشريعية للتعسف .

(١) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التعسف فى استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الوضعين .

وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك فى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر ، وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته» فناقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متعسفاً ، فيرد عليه قصده ، ويحرم من الحق فى إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الخفى فى أهليته . وجزاء التعسف هنا هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ على ما يأتى : «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها» . وهنا أيضاً جزاء التعسف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ فى عقد العمل على ما يأتى : «وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً» . وجزاء التعسف هنا تعويض نقدى .

ونصت المادة ٦٩٦ فى عقد العمل على ما يأتى : «١ — يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد . ٢— ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملا تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل» . وجزاء التعسف هنا أيضاً تعويض نقدى .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتى : «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط» . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد

أن وقع ، فيقام الحائط الذى هدمه مالكه تعسفاً من جديد .

ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتى : «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . والتعسف هنا فى أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجزاء هو إزالة الضرر عيناً بإنهاء حق الارتفاق(١) .

٥٦٧ — تطبيقات قضائية : والقضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم عنى بالأحكام التى تطبق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نواح مختلفة . ونجتزىء هنا بالإشارة إلى بعض منها .

من ذلك التعسف فى استعمال حق الملكية ، إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير . ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له (٢) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض (٣) . وإذا استعمل المالك حقه دون حيطة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى وأضر بالجار ضرراً بليغاً ، كان مسئولا . مثل ذلك من يبنى فى أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالا فيضر بجاره (٤) . ومثل ذلك أيضاً من يقيم

---

(١) أنظر فى تطبيقات تشريعية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التمسك بالتغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية) — م ٥١٦ فقرة ١ (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) — م ٥٩٤ فقرة ٢ (إيجار من الباطن للعقار الذى أنشىء به مصنع أو متجر) — م ٨١٥ (تعلية الحائط المشترك) — م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) — م ١٠٢٤ — ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتفق والعقار المرتفق به) — م ١٠٩٤ (إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) — م ١١٠٦ (إدارة المرهون رهن حيازة إدارة سيئة) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ — وفى ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ — وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٤٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

فى ملكه مدخنة تؤذى الجار وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة فى مكان آخر (١).

ومن ذلك أيضاً التعسف فى استعمال الحق فى إنهاء العقد . فرب العمل الذى يفصل عاملا مدفوعاً فى ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً وتتحقق مسئوليته التقصيرية (٢).

ومن ذلك أخيراً التعسف فى استعمال سلطة الوظيفة : وهو ما يعرف فى القانون الإدارى بالتعسف فى استعمال السلطة (détournement du pouvoir) . فإذا انحرف الموظف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة . كان متعسفاً فى استعمال السلطة وتحققت مسئوليته(٣) .

المبحث الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٥٦٨ — تحرير الموضوع — الإثبات : الضرر هو الركن الثانى

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ص٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ — وانظر أيضاً: استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ — وفى ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ — وفى ٢٥ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ — وفى ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ — وقد يقع التعسف فى استعمال السلطة عن طريق قرار إدارى يصدر من الموظف ، فيكون باطلا ويوجب التعويض . وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض فى هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ، ويشترك القضاء العادى مع القضاء الإدارى فى الاختصاص بنظر دعوى التعويض دون دعوى الإلغاء . وقد يقع التعسف فى استعمال السلطة عن طريق عمل مادى ، فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية ، ودعوى المسئولية هنا من اختصاص القضاء العادى وحده .

للمسئولية التقصيرية . فليس يكفي لتحقق المسئولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً (١) . ونتكلم هنا في قيام الضرر في ذاته . أما الكلام في التعويض عن الضرر فمحله الفرع الخاص بآثار المسئولية .

والمضرور هو الذي يثبت وقوع الضرر به . ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن (٢) .

٥٦٩ — الضرر المادي والضرر الأدبي : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله ، وهو الأكثر الغالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها . ونتكلم في كل من هذين النوعين .

المطلب الأول

الضرر المادي

٥٧٠ — شرطاه : الضرر المادي هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ، ولا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع .

فالضرر المادي إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور . (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

---

(١) استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ — وفي ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ — وفي ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ — وفي ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٤ — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ — وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ — وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ — أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

(٢) ووقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر ، وجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٣٠) .

§ ١ — الاخلال بمصلحة مالية للمضرور

٥٧١ — الضرر إخلال بحق أو بمصلحة : قد تكون المصلحة المالية للمضرور حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢ — الضرر إخلال بحق للمضرور : لكل شخص الحق فى السلامة : سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدى على الحياة ضرر ، بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة فى العلاج هو أيضاً ضرر مادى(١) .

والتعدى على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلا لآخر ، أو قلع زراعته ، أو خرّب أرضه ، أو أتلف له مالا كأثاث أو عروض أو غير ذلك ، كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضرور فى حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت ، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً ، هو ضرر مادى . والأمثلة على ذلك كثيرة نجتزىء بما قدمناه منها .

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول فى حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه(٢) . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم فى النفقة قبل أبيهم (٣) . وقد يكون المضرور تبعاً دائناً للمصاب

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٥ يونية سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٢ ص ٢٥١ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ — وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ .

(٣) ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق فى النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه فى النفقة . أما إذا كان ليس له حق فى النفقة ولكن كان يعال فعلا ، فسترى أن الضرر الذى ينزل به فى هذه الحالة يكون إخلالا بمصلحة مالية لا إخلالا بحق ثابت — أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادى بسبب موت زوجته لأن الزوج لا تجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادى لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار فى تقدير التعويض (استئناف مختلط فى ٧ =

لا بنفقة ولـكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية . مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه فى تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣ — الضرر إخلال بمصلحة مالية للمضرور : وقد يكون الضرر إخلالا لا بحق للمضرور ولـكن بمجرد مصلحة مالية له . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل ، فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل فى مصلحة مالية له إذ جعله مسئولا عن معاش العامل ،

= أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادى أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) — ولا يدخل فى تقدير التعويض ما أنفقه الوالد فى تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٣) — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

والقضاء مضطرد فى جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادى الذى يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ — وفى أول يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٢ — وفى ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٢ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٣٢ ص ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثا يتلقاه بل هو حق شخصى له ، فلا يعطى بنسبة النصيب فى الإرث بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٦ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٠) . أما إذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه وأنه ليس بعولهم فلا حق لهم فى التعويض : استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٢ (بنت متزوجة) — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ (شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها) — وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بلغوا سن الرشد موظفون فى الحكومة ويعيشون مع والدهم ولـكنه لا ينفق عليهم بل هم الذين يساعدونه) .

والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضرور أن يفقد عائله دون أن يكون له حق ثابت في النفقة، وهذا بخلاف من له حق ثابت في النفقة فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية — لا في حق — إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلا وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضي له بتعويض على هذا الأساس . كذلك الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفها الخطبة من نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة في إتمام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضي(١) .

ويراعى أن المصلحة المالية التي يعد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة. أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم ، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هي في ذاتها مشروعة(٢) .

٢§ — تحقق الضرر

٥٧٤ — الضرر الحال والضرر المستقبل: ويجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلا ، أو سيقع حتماً(٣) .

---

(١) أما المتعاملون مع المصاب ، كالمالك والقصاب والحجام ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفي لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لا بمصلحة مالية فحسب (مازو ١ فقرة ٢٧٧ — ٦) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٢٧٧ — ٧ إلى فقرة ٢٩١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي المدني الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر للمدعي ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، واقعاً ولو في المستقبل . ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداهة (نقض جنائي —

مثل الضرر الذى وقع فعلا — وهو الضرر الحال — هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية له على النحو الذى قدمناه .

ومثل الضرر الذى سيقع حتما — وهو الضرر المستقبل — هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذى وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل فى الحال ، بل وعن الضرر الذى سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل . فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضى وحكم به كاملا . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولا ، كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتر أو ستبقى . فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذى يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته ، ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى ، فيجوز للقاضى بعد أن يقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (١) . وقد أشار إلى هذه الفروض

= فى ١٦ يونية سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦) . وانظر أيضاً طنطا الاستئنافية فى ٤ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ — وانظر فى القضاء المختلط : استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريلى م ١٧٩ رقم ٩ — وفى ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ — وفى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٠ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٠ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ — وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

(١) وقد جرى القضاء فى عهد القانون القديم على هذا المبدأ ، فكان يسمح للمضرور أن يطلب تعويضاً مؤقتاً ثم يستكمله بعد ذلك فى دعوى تالية . وقضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : إذا دخل شخص مدعياً بحق مدنى أمام محكمة الجنح طالباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه بفعل شخص آخر ، مع حفظ الحق له فى المطالبة بالتعويض الكامل من المسئول عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة

القانون المدنى الجديد . فقضى فى المادة ١٧٠ بأن «يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١و٢٢٢ مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير(١) » . وقضى فى الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن «يعين

=التعويض بعد أن يتبين لمدى الأضرار التى لحقته من الفعل الذى يطلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة فى أسباب الحكم ما يأتى : « ... أن المطعون ضده إذا كان قد تدخل فى دعوى الجنحة وطلب فيها خمسة جنيهات تعويضاً عن الحادثة التى يطلب التعويض بسببها الآن ، فقد حدد قدر التعويض وصفته وأثبتت محكمة الجنح له أنه إنما يطلب تعويضاً موقتاً (أى شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض) محتفظاً بحقه فى طلب التعويض الكامل من المسئولين عنه بعد أن يبين الزمن مدى الأضرار التى نشأت له من الحادثة .. كل هذا قد بينه الحكم المطعون فيه بصدوره على هذا الوضع ، وأكد أن المطعون ضده لم يستنفد فى دعوى الجنحة ما كان له من حق . فموضوع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى ، بل هو تكملة له كما قال الحكم المطعون فيه (نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢ — نقض جنائى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ — المنصورة الكلية الوطنية فى ١٢ سبتمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٢٩٥ — استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص١٨٨ — وفى ٢٩ نوفبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسئولية من اختصاصه والدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التعويض الموقت ، ثم يرفع دعوى المسئولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٣) .

هذا ويراعى أن التعويض الموقت غير النفقة الموقتة التى سيأتى ذكرها فيما يلى عند الكلام فى تقدير التعويض .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «وقد لا يتيسر للقاضى أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلا فى جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر فى قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافى إذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصرى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٩٣) . وقيل فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى صدد الاعتراض على النص بحجة قوة الشىء المقضى ما يأتى : « إذا رأى القاضى أن الموقف غير جلى ، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلى خلال مدة يعينها ، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً. ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً (١)» . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعاً وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره، ثم تتكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه : كأن يكف بصر العامل الذى أصيب فى عينه أو أن تؤدى إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا فى دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل فى حساب القاضى عند تقدير التعويض الأول . ولا يمنع من ذلك قوة الشىء المقضى ، فإن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول النقد ظرفاً من شأنه أن يزيد فى الضرر . فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذى وقع به ، وقدر الإيراد بمبلغ من النقود ، ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك ، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر فى تقدير الإيراد ، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعى فيه أن يكون كافياً لنفقة المضرور ، فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاصه تبعاً لانخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها (٢). أما إذا كان القاضى قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقعاً ، كأن قضى لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره ، ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز فى هذه الحالة أن يعاد النظر فى تقدير التعويض لإنقاصه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشىء المقضى (٣).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص ما يأتى : «والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال ، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلا إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده . ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً ، أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغى التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٧) .

(٢) مازو ١ فقرة ٢٢١ .

(٣) مازو ١ فقرة ٢٣٠ .

٥٧٥ — الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل (préj. futur) — وهو ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا — والضرر المحتمل (préj. éventuel) وهو ضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلا . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خللا فى منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل ، ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدى إلى انهدامه . ويتربص صاحب المنزل حتى إذا انهدم منزله فعلا بسبب هذا الخلل ، رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك (١) .

٥٧٦ — التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل — وهذا لا يعوض عنه على النحو الذى مر — وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعوض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملا ، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض ، فإذا أهمل محضر فى إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة فى إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتما لو أنه رفع فى الميعاد ، أو أن المتسابق كان يفوز حتما فى المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتما ، وأن الثانى كان لا يفوز حتما فى المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذى وقع . وعلى القاضى أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أى حد كان الاحتمال كبيراً فى كسب الاستئناف أو فى الفوز فى المسابقة ، ويقضى بتعويض يعدل هذا الاحتمال . والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير ، وعلى القاضى أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة فى تقدير الاحتمال فى نجاح الفرصة (٢) .

ومما جرى به القضاء المصرى التعويض عن تفويت فرصة النجاح فى

---

(١) أنظر فى عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلا : استئناف مختلط فى ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٢ — وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٦ .

(٢) مازو ١ فقرة ٢١٩ .

الامتحان (١) ، والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة (٢)، والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة في الترقية إلى درجة أعلى (٣).

---

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن يحكم للطالب الذي يحرم دون حق من الامتحان، بعدم إعطائه الفرص التي أباحها القانون ، بتعويض مناسب (مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٥٣ ص ٤٩) .

(٢) ففي قضية ترتب على إهمال محضر في إعلان عريضة دعوى الشفعة أن سقط الحق فيها ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية أن ليس لها إلا أن تتحقق من الوقائع التي تثبت تولد الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها في حقوق الأخصام في دعوى الشفعة كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى إلى المحكمة ، وإنما عليها أن تحكم بتعويض إذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفيع في دعواها (استئناف وطني في ٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦) .

(٣) وقد أصدرت محكمة النقض في هذه المسألة أحكاما متعاقبة صريحة في هذا المعنى . فقضت بأنه إذا أدخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقي بسبب إحالته إلى المعاش قبل الأوان فلا خطأ في ذلك ، فإن القول بأن الترقي من الإطلاقات التي تملكها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقا مكتسباً له محله بالبداهة أن يكون الموظف باقيا يعمل في الخدمة. أما إذا كانت الوزارة هي التي أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل، فلا مناص من إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الإخلال بحقه في البقاء في الخدمة . ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة (نقض مدني في أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧) . وقضت في حكم ثان بأنه إذا كان الحكم قد وقف في جبر الضرر الناشيء عن خطأ عند حد القضاء للموظف على الحكومة بالفرق بين معاشه وصافي راتبه ، ولم يعوضه عما فاته من فرصة الترقي إلى رتبة اللواء التي خلت ، مستندا في ذلك إلى أن الترقية ليست حقا للموظف ولو تحققت فيه شرائط الأقدمية والجدارة ، بل هي حق للحكومة تتصرف فيه كما تشاء بلا رقيب ولا حسيب ، فإنه يكون قد أخطأ ، إذ أن حرمانه من الفرصة التي سنحت له للحصول على الترقية هي عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه . ولقد كان يصح ما قاله الحكم لو أن ذلك الضابط كان قد بقي في الخدمة ولم ترقه الوزارة فعلا ، حيث يصح القول بأن الترقي هو من الإطلاقات التي تملكها الوزارة وتستقل بها بلا معقب . أما والوزارة قد أحالته على المعاش قبل بلوغه السن بناء على قرار باطل اتخذته في تقدير سنه ، مخالفة في ذلك قرارا آخر صحيحا ملزماً لا تملك نقضه ، فإن هذا القول لا يسوغ جعل تصرفها الخاطيء فوق رقابة قضاء التضمين (نقض مدني في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥) . وقضت في حكم ثالث بأن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع . فإذا كان الحكم لم يعتد بهذا العنصر فيما قضى به من تعويض لموظف أحيل إلى المعاش دون مسوغ، ولم يورد لذلك أسباباً من شأنها أن تفيد أن ترقية طالب التعويض كانت غير محتملة ==

المطلب الثانى

الضرر الأدبى (*)

٥٧٧ — تحديد الضرر الأدبى: الضرر الأدبى (dommage moral) هو الضرر الذى لا يصيب الشخص فى ماله . وقد رأينا أن الضرر الذى يصيب الشخص فى حق أو فى مصلحة مالية هو ضرر مادى . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبى ، فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبى إلى أحوال معينة :

١ — ضرر أدبى يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذى يصيب الجسم والألم الذى ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه فى الوجه أو فى الأعضاء أو فى الجسم بوجه عام ، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال فى العلاج أو نقص فى القدرة على الكسب المادى ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

٢ — ضرر أدبى يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة ، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هى تضر بسمعة المصاب

= لو أنه استمر فى الخدمة حتى بلوغه سن التقاعد ، فإنه يكون متعباً نفسه فى هذا الخصوص (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) .
أنظر أيضاً فى هذه المسألة : نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ ص ٢٦٢ — وفى ٢ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ ص ٣٩٠ .

(*) بعض المراجع : ريبر فى القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ — دورفيل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — أشار (Achard) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ — جاند (Gand) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ — ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ — جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — دلماس (Dalmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ . لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها — سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها — ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها — مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ — مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٦٧ — فقرة ٤٦٨ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٢٥ .

وتؤذى شرفه واعتباره بين الناس (١).

٣ — ضرر أدبى يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور فى عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص فى معتقداته الدينية وشعوره الأدبى (٢) .

٤ — ضرر أدبى يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبى من جراء الاعتداء على على حقه . حتى لو لم يصبه ضرر مادى من هذا الاعتداء .

ويجب فى جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبى . كالضرر المادى . ضرراً محققاً غير احتمالى .

٥٧٨ — الضرر الأدبى قابل للتعويض عنه: والضرر الأدبى على النحو الذى قدمناه قابل للتعويض بالمال. وقد كان القانون الرومانى يقر أحوالا كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبى فى كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسى القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبى . وقصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، توهما أن هذا هو حكم

---

(١) ومما يؤذى السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الأمراض فى ذاتها من العورات التى يجب سترها حتى لو كانت صحيحة ، فإذاعتها فى محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسىء الى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل فى طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض (١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(٢) والإخلال بإقامة الشعائر الدينية يعتبر ضرراً أدبيا . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر فى ذلك ، ثم لم يتم الا بعضه ، يعتبر الضرر متوفرا لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذى أخذته من المتعهد يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط فى التعهد (٣٠ نوفبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

القانون الروماني . وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئوليتين في وجوب التعويض عن الضرر الأدبي .

ونصوص القانون الفرنسي الحديث في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي . وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده في أحكام كثيرة (١)

أما الفقه الفرنسي فقد انقسم بادىء الأمر إلى فريقين . الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبي متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلا له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير(٢) . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، واختلفوا في وضع حد هذا التمييز . فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يجر إلى ضرر مادي ، ولا يعوض إلا هذا الضرر المادي وحده (٣). فهؤلاء إذن لا يجيزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته . ومنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يترتب على جريمة جنائية (٤) . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يجيز التعويض في الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار لأنه في العادة يجر إلى ضرر مادي ، ولا يجيزه في الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادي (٥). ولكن جمهور الفقهاء في العهد الأخير يقولون بجواز

---

(١) وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونية سنة ١٨٣٣ (سيريه ١٨٣٣ — ١ — ٤٥٨) . وانظر أيضاً : نقض فرنسي في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦٣ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ — ١ — ٣٩٩ — وفي ٢٣ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ١ — ٥٨٦ — محكمة ديجون الاستئنافية في ٢٥ يولية سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٢٠٦ .

(٢) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٧١ — ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — تورنيه (Tournier) رسالة من مونبلييه سنة ١٨٩٦ — سافيني في القانون الروماني ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) مينيال (Meynial) في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٤ — إسمان في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ .

(٤) أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٨ .

(٥) مانجان (Mangin) ١ فقرة ١٢٣ — لا بورد (Laborde) في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٤ ص ٢٦ .

التعويض عن الضرر الأدبى (١) . أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستعص فمبنى على لبس فى فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود . وإلا فالضرر الأدبى لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبى . فالخسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبى . فمن أصيب فى شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وإن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور (٢) . ومن أصيب فى عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه . والألم الذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشد مشقة من تقدير التعويض فى بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضى إلا أن يقدر مبلغاً يكفى عوضاً عن الضرر الأدبى ، دون غلو فى التقدير ولا إسراف .

وفى مصر استقر الفقه (٣) والقضاء (٤) على جواز التعويض عن الضرر

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٢٩٨ ـ بلانيول وريبير ٢ فقرة ١٠١٢ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها ـ سوردا ١ فقرة ٣٣ ـ ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ ـ لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها ـ ساماتيه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها ـ جاردينا وريتشى فقرة ٩٥ وما بعدها ـ مازو ١ فقرة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر منطوق الحكم فى الصحف يكون تعويضاً كافيا عن الضرر الأدبى الناجم عن «بروتستو» كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١م ٤٤ س ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط فى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١) ـ أو تصحيح الواقعة المكذوبة (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ١٤٤) . ويخفف التعويض إهمال المضرور فى نشر تكذيب للخبر المنسوب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٣) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ ـ مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ ـ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٦٧ ـ الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٢٥ .

(٤) كان القضاء الوطنى بادىء الأمر متردداً فى تعويض الضرر الأدبى ، فقضت محكمة قنا الاستئنافية بأن الشرف لا يقوم بمال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب

الأدبى . ثم أتى القانون المدنى الجديد فأكد هذا الحكم ، إذ نص فى المادة ٢٢٢ على ما يأتى :

« ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

« ٢ — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب (١)» .

= موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه ما لبث أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى : نقض جنائى فى ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ — وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ — وفى ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ — وفى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ — استئناف وطنى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٧١ (مبلغ زهيد كتعويض رمزى : أنظر فى هذا المعنى أيضاً مصر الكلية الوطنية فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تستحق الزوجة تعويضاً عن الضرر الأدبى لهجر زوجها لها وهذا غير النفقة) . وفى ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ — وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٢ ص ١٢٢ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ — وفى ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ — وفى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ . مجلس حسبى عال فى ٢ نوفبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القضاء الوطنى ألا يجعل التعويض الأدبى سبيلا للإثراء أو للاستغلال .

وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ، على ألا يكون هناك مغالاة فى تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستغلال : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفى ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ — وفى ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ — وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ — وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم ٢٤٩ ص ٣١٨ — وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ — وفى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٢ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١ — وفى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ . ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبى بمثابة عقوبة (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٣٨ » . وفى =

وعلى هذا المبدأ استقرت التقنينات الحديثة(١) .

٥٧٩ — من له حق التعويض عن الضرر الأدبي : كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذى أصاب الميت نفسه ، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذى أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته(٢) .

أما الضرر الذى أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث — كما سنرى — إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك ، إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه ، فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء .

بقي الضرر الذى يصيب ذوى الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص

= لجنة المراجعة نقل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائي على الوجه الآتي : «١ — يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طولب به أمام القضاء . ٢ — ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضي للأقارب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب» . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص — وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة «أو طالب الدائن به أمام القضاء» بعبارة «أو طولب به» الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى تقييد الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وكان النص المعروض لا يمنع القاضي من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا تحمد عقباه ، فضلا عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦ — ص ٥٦٨) .

(١) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوى والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني والمادة ١٦٦ من القانون البولوني .

(٢) أنظر في هذا التمييز : استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٤ .

إلى تحديد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق فى المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجده وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلا كما قدمنا . فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم ، لم يجز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الأخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم[1] .

وظاهر أن خطة القانون الجديد فى الضرر الأدبى غير خطته فى الإكراه والدفاع

---

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم يجعل حلقة الأقارب أضيق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالأخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يفكر فيه إلا عند موته للمطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً فى هذه المسألة : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ — وفى ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٥ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الابن الصغير دون الزوج أو الأب) — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفى ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للاخوة لأم) — وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأصول والفروع دون الحواشى).

وكان المشروع النهائى تتسع فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النحو الذى رأيناه ، واستندت فى ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم (أنظر آنفاً فقرة ٥٧٨ — ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٨) .

الشرعى وحالة الضرورة ، حيث حصر الأقارب هنا ولم يحصرهم هناك . ويبرر ذلك الميل إلى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر أدبى ، والحد من المغالاة فى ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت ، فتعويض ذويه عن الضرر الأدبى الذى لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر ، وإن كان النص لم يعرض إلا لحالة الموت وترك ما دون ذلك لتقدير القاضى . ومن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبى فى هذه الحالة لغير الأم والأب .

٥٨٠ — متى يمكن انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى : الأصل فى التعويض عن الضرر الأدبى أنه شخصى مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة . وقد عرضت المادة ٢٢٢ التى تقدم ذكرها لتحديد ذلك ، فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض ، أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .

أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق فى التعويض إلى أحد . فإذا مات المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته (١) .

وكان القضاء المصرى فى عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم (٢) . بل إنه تشدد فى آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى ، إذا لم

---

(١) وقد تشدد القانون المدنى الجديد فى التعويض عن الضرر الأدبى من ناحيتين : ناحية من له الحق فى المطالبة به وناحية تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصرى يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبى إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٦ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٧ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٧٩) . واكتفى حكم فى انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المجنى عليه قدم شكواه بأن ألقى أقواله أمام المحقق (بنى سويف فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم١١٥/١ ص ٣٦٢) .

يوجد اتفاق ، بالمطالبة القضائية لانتقال حق التعويض ، بل يشترط صدور حكم نهائى يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره(١) .

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر(*)

(Le lien de causalité)

٥٨١ — السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم فى التعويض عن الضرر الأدبى إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائى ، فإذا مات المورث فى أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ — وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصرى قد استقر فى عهده الأخير على النحو الذى قدمناه ، فإن القانون الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضى بجواز انتقال الحق فى التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى فى حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائى . فإذا وقع الضرر الأدبى قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفعت الدعوى بعد نفاذه، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفورى للقانون (effet immédiat) . وكذلك الحكم إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث بعد نفاذه وقبل صدور حكم نهائى . أما إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث قبل نفاذ هذا القانون أيضاً وقبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة ، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره به القضاء ، هو الذى يسرى فى هذه الحالة .

(*) بعض المراجع : مارتو (Marteau) رسالة من إكس سنة ١٩١٤ — ديموج ٤ فقرة ٣٦٥ وما بعدها — لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها — سافاتيه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٣٨ وفقرة ٥٣٨ وما بعدها — وديشيزو (Deschizeaux) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٤ — الدكتور سليمان مرقس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها — هنرى وليون مازو ٢ فقرة ١٤١٧ وما بعدها — إسمان : مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٣١٦ وما بعدها — مارتى (Marty) مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٣ وما بعدها — مصطفى مرعى بك فقرة ١٣٢ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

أصاب المضرور . والسببية هي الركن الثالث من أركان المسئولية ، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتتحقق مسئوليته على أساس تحمل التبعة ، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء (١) لذلك مثلا : يدس شخص لآخر سما ، وقبل أن يسرى السم فى جسم المسموم يأتى شخص ثالث فيقتله بمسدس . فهنا خطأ هو دس السم ، وضرر هو موت المصاب ، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، فوجدالخطأ ولم توجد السببية . ونورد مثلين آخرين يوجد فيهما الخطأ ولا توجد السببية . بعد أن يتم البيع يكشف المشترى عما عسى أن يثقل العقار الذى اشتراه من رهون ، فيبين من الكشف أن العقار غيرمرهون ، ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن ، وينزع الدائن المرتهن ملكية العقار . فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح ، وضرر وهو نزع ملكية العقار ، ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب فى وقوع الضرر . شخص يقود سيارة دون رخصة ، ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة ، وضرر وهو إصابة أحد المارة ، ولكن الخطأ ليس هو السبب فى الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ — انفصال السببية بالضرر : وفى الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما يأتى :

أولا — الضرر فى هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالموت فى المثل الأول سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، ونزع ملكية العقار فى المثل الثانى سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح ، وإصابة المار فى المثل الثالث السبب فيه خطؤه هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هى انفصلت عن الخطأ ، فإنها تتصل بالضرر .

(١) مارتو (Marteau) فى رسالته «السببية فى المسئولية المدنية» إكس سنة ١٩١٤ ص ١٧ .

ثانياً — إذا كان الخطأ الأول الذى انعزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية، فذلك لا لأن السببية منعدمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أى ضرر . فحيث تنعدم السببية ينعدم فى الوقت ذاته الضرر . ومن هذه الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً — إذا قام السبب الأجنبي فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها ، بل هو أيضاً ينفى الالتزام القانونى الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير والذى يعد الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي (م ٣٧٣) . فالسبب الأجنبى إذن لا يعدم علاقة السببية وحدها بل يعدم معها الخطأ[1] .

٥٨٣ — استقلال السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ مفترضاً : وإذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر فى جلاء عند ما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ فى العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب فى إحداث الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون فى الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتستتر السببية وراء الخطأ ولا يتبين فى وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها فى الأحوال التى تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . فى هذه الحالة الخطأ مفروغ منه ولا يكلف المضرور بإثباته . أما السببية فيمكن نفيها بإثبات السبب الأجنبي فيها إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هى ، ويدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ — خطة البحث : قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر . فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضاً

---

(١) ومن هنا يصح التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلا عن الضرر وعن الخطأ . وقد رأينا فى مثل أنها حيث تنعدم ينعدم معها الضرر ، وفى مثل آخر أنها حيث تنعدم ينعدم معها الخطأ . فلا تنتفى المسئولية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر، وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يكفى أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انتفت المسئولية . ولا تبدو السببية ركناً متميزاً إلا حين الكلام فى السبب المنتج والسبب المباشر .

حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .

فنبحث إذن أمرين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٥٨٥ — النصوص القانونية: تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك(١)» .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٢ من المشروع التمهيدي مع بعض خلاف في اللفظ . وأقرته لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة «المصاب» بكلمة «المضرور» ، وأصبح رقمه المادة ١٦٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول النص . وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون المبدأ في المسئولية التقصيرية هو افتراض الخطأ ، وتحمل التبعة ، فلا يستطيع المسئول أن يتخلص من المسئولية إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . فرد عليه بأنه لا توجد شريعة اتخذت كأساس للمسئولية مبدأ تحمل تبعة الخطأ والخطأ المفروض فقط ، وإنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسئولية كمبدأ عام ، ثم ترد استثناءات على هذا المبدأ يؤخذ فيها بالخطأ المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦١ — ص ٣٦٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص والنصوص التالية ما يأتي : «تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحوال ارتفاع المسئولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفريق بين أحوال ارتفاع المسئولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن في السبب الأجنبي ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع ذلك في حالة الدفاع الشرعي وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فمن الأنسب من الناحية العملية أن تحشد هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة انتفاء المسئولية تنتظمها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . وتكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن =

فالسبب الأجنبي الذى يعدم رابطة السببية هو كما يقول النص : (١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء (force majeure ou cas fortuit) (٢)خطأ المضرور(faute de la victime) (٣)خطأ الغير(faute d'un tiers) (١). ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة(٢) .

§ ١— القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

٥٨٦— **القوة القاهرة والحادث الفجائى شىء واحد** : قال بعض الفقهاء إنهما شيئان مختلفان ، ولكن هؤلاء لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما . فنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذى يستحيل دفعه ، أما الحادث الفجائى فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه. فتتوزع بينهما الخصيصتان اللتان سنفصلهما فيما يلى ، وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويكفى فى نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع ، فلا يلزم اجتماع الخصيصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث الفجائى يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع ،

= يثبت وجود السبب الأجنبي وينفى بذلك مسئوليته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدثين من الفقهاء تحليل أدق فى هذا الشأن . فنى رأيهم أن المضرور إذا أقام الدليل على المسئولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ — ص٣٧٨) .

(١) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على سبيل الحصر كما هو واضح من النص . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة — وليس ثمة محل للتفريق بينهما — أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر . فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاصقاً بالشىء المتلف أو مزحماً شامر المضرور» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨) .

(٢) وقد رأينا فى المسئولية العقدية أن علاقة السببية تنتفى أيضاً بإثبات السبب الأجنبي. وكل ما سنذكره فى شأن السبب الأجنبي ، من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، ينطبق فى كلتا المسئوليتين : المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية .

ولا يكفى وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية (١).

ومن الفقهاء من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين . ولكن يميز فى خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائى(٢) . وسنرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة ، فى كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى ، يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائى حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ، ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشىء الذى تتحقق به المسئولية كعاصفة أو زلزال ، والحادث الفجائى حادث داخلى ينجم عن الشىء ذاته كانفجار آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هى التى تمنع من تحقق المسئولية ، أما الحادث الفجائى فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته(٣) . وهذا الرأى لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة ، إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسئولا عن الحادث الفجائى دون القوة القاهرة .

ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى لا يقوم على أساس صحيح . لذلك تقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما ، وعلى هذا أيضاً إجماع القضاء (٤) .

٥٨٧ — الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث الفجائى :

ويبقى أن نفصل الشروط التى يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة

---

(١) رادوان (Radouant) (فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ ص ١٧٣ وما بعدها) ولابيه (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ ص ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث الفجائى تعبيران يكمل أحدهما الآخر ، فالتعبير الأول يبرز خصيصة استحالة الدفع ، والتعبير الثانى يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً فى الحادث حتى تنعدم السببية . ولكن هذا الرأى يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائى معدوم الفائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكابيتان الطبعة العاشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جوسران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أنظر فى هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٥٥٩ — فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء التى يشير إليها .

أو حادثاً فجائياً . ونص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائى بأنهما سبب أجنبى (cause étrangére) لايدللشخص فيه (non-imputable). ولكن هذا الوصف فى حاجة إلى التحديد. وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أوالحادث الفجائى يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع(١) . فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرهما فى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه ، ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .

ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

٥٨٨ — عدم إمكان التوقع : يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور . فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى . بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادى ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى . فقد يقع حادث فى الماضى ، ويبقى مع ذلك غير متوقع فى المستقبل ، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

وعدم إمكان التوقع ، فى المسئولية العقدية ، يكون وقت إبرام العقد . فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما فى المسئولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته (٢) .

٥٨٩ — استحالة الدفع : ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث

---

(١) ويندرج فى شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا كما سنرى .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

الفجائى مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون فى موقف المدين(١) . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا فى نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلا .

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام ، كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك فى نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الغناء ، كان الحادث قوة قاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية ، وعليه أن يحتاط فى تقدير ذلك(٢) .

٥٩٠ — تطبيقات عملية : ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات. فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ فى جانبه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً فى تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى

---

(١) استئناف مختلط فى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٧٠ .

هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince)، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أونحو ذلك من الحوادث ما دام شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا(١) .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما إذا انفجرت آلة ، أو انكسرت عجلة، أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ، أو اعترضتها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع(٢) .

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكلب ، كل هذا قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع(٣) .

٥٩١ — أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية كما قدمنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٧٨ — فقرة ١٥٨٩ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ — فقرة ١٦٠٥ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسئولية الحكومة المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية فى أثناء قيامه بمأمورية خطرة تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ فى جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذى أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذى سبب الضرر مباشرة فى هذه الحالة هو ما قيل من رفض رئيس البوليس المحلى إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب ذلك ، مادام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذى كان مفاجئا بقدر ما هو عنيف ، لم يكن فى هذه الظروف من المستطاع تفاديه (استئناف مختلط فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

الفجائى ، ويترتب على ذلك أنه يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا يخلى المدين من التزامه . أو أن يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب(١) .

٢٤ — خطأ المضرور

٥٩٢ — وضع المسألة : نستبعد صورة لا محل الكلام فيها لوضوح حكمها : ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسئولية التقصيرية . إذ لا يوجد أمامنا مسئول . فالمضرور هو الذى ألحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله ، سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإنما يكون الكلام فى خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع فى الوقت ذاته خطأ من المضرور ، ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور فى مسئولية المدعى عليه . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن فى إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ ، فذلك لأن مجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يمحو أو يخفف من مسئولية المدعى عليه . وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهسه القطار أو السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهمته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف : انحراف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد. وكل ما قيل هناك فى خطأ المسئول يقال هنا فى خطأ المضرور(٢) .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٦١٥ — فقرة ١٦٢١ . وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلى .

(٢) وإذا كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على التعويض الذى سنبينه كان له أيضاً أن يحتج بهذا الخطأ على ورثة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خطؤه سبباً فى وقوع الحادث الذى انتهى بموته ، كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على ورثته كما كان =

وأما أن يكون خطأ المضرور له شأن فى إحداث الضرر ، فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتج به لأن له علاقة بالضرر الذى وقع ، فلو لم يكن لهذا الخطأ شأن فى إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتج به (١) .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن فى إحداث الضرر (٢) ، وجب أن نعرف إلى أى

= يستطيع أن يحتج بهذا الخطأ على المضرور نفسه لو بقى حياً . هذا إذا كان الوارث يرفع دعوى المضرور باعتباره وارثاً . أما إذا تقدم أصيلا فى دعوى المسئولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه فى هذه الحالة أن يحتج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذى يستطيع به الاحتجاج بخطأ الغير ، إذ أن المضرور الأصلى فى الفرض الذى نحن بصدده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالنسبة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملا ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب فى تركته بقدر مسئوليته ، ويكون الوارث مسئولا عن ذلك فى حدود نصيبه فى التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان المصاب طفلا دهمته سيارة والوارث أبوه وقد أخطأ فى القيام بواجبه من الرعاية لطفله بتركه أياه دون رقيب .

(١) ولا نعرض هنا لما إذا كان المضرور قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل المضرور هو وحده سبب الضرر . ففى الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسئولا عن تعويض الضرر تعويضاً كاملا ، ولا دخل لفعل المضرور أو لخطئه فى الضرر الذى حدث . وفى الحالة الثانية يكون فعل المضرور وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه فى هذا الضرر فلا تتحقق مسئوليته أصلا .

(٢) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم يقف سائق الترام فى المحطة ومع ذلك تسلق أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلتفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق للسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يجبه خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم يقف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجباريه سيعقبها الوقوف (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفى قضية أخرى هدأ السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف ، وكان أحد الطلبة قد تعلق بمركبة ، وأسرع السائق فى السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات فى المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركا بين السائق الذى أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف فى المحطة الإجبارية وبين الطالب الذى تعلق بالمركبة والترام يسير ولو بعد تهدئة السير (استئناف مختلط فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧) . وإذا قامت الإدارة بأعمال حفر فى الطريق العام ، لحفرت خندقا فى عرض شارع رئيسى ، وأتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة ، كان هناك خطأ مشترك =

حد يؤثر خطأ المضرور فى المسئولية التى نجمت عن خطأ المدعى عليه . وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقى كل من الخطأين مستقلا عن الخطأ الآخر فتكوّن منهما خطأ مشترك .

٥٩٣ — استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرَق من أثر. فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذى استغرق خطأ المضرور ، كانت مسئولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذى استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسئولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فى حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً فى جسامته الخطأ الآخر . والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

٥٩٤ — الحالة الأولى — أحد الخطأين يفوق كثيرا فى جسامته الخطأ الآخر : مهما كان أحد الخطأين يفوق فى جسامته الخطأ الآخر . فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا فى صورتين : الصورة الأولى هى صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدى . والصورة الثانية هى صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك فى بعض الأحوال وهى قليلة .

فى الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو المضرور ،

= (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٤٩).

أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص ١٥٧ (صاحب ماكينة طحين كان من واجبه أن يحتاط فيقيم إفريزاً يفصل ما بينه وبين الطريق العام) — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يستأنف الحكم ورجع على الضامن، فتمسك الضامن بخطأ المدعى فى عدم استئناف الحكم) — وفى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١ (أعطى الكمسارى إشارة السير قبل الأوان ، والطفل لم تحافظ عليه مرافقته ، فالخطأ مشترك) — وفى ٢٦ يونية سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) .

أنظر أيضاً فى تطبيقات قضائية فى فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ — فقرة ١٤٧٤ — ٤ .

أراد إحداث الضرر متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذى أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسئوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل فى إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلا مكفوف البصر يسير فى الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته ، ولا يسمع منه فى معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار فى الطريق دون قائد وهو مكفوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق فى إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار ، فانتهز فرصة أن سائقا يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض ، فألقى بنفسه أمام السيارة ، فهو وحده الجانى على نفسه ، ولا يجوز أن يحتج — هو لو نجا أو ورثته لو مات — بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمده الانتحار هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده(١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فانتهز فرصة خطأ الجانى واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له بتعويض (نقض جنائى فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتدق الحالة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طبيباً فى أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا لم يستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب فى هذه الحالة ، وبقى خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنتفى عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض خلصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت نية المدعى عليه فى إحداث الضرر عن نية المضرور فى إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تواطؤ بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدى هو الذى يبقى قائماً ، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور العمدى ، وتتحقق مسئولية المدعى عليه كاملة .

وفى الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر . ويجب بادىء الأمر أن نرسم الدائرة التى يعتبر المضرور فى نطاقها راضياً بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده . كما يقع ذلك فى المبارزة . فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن يجرح ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به . فمن اشترك فى إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة فى العادة من أخطار . فلعب الكرة أو «التنس» لا ينطوى عادة على خطر . فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر ولكنه لم يرض به . «والبوكس» والمصارعة تنطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به ، أما صيد الوحوش المفترسة فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذى يعنينا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى بالضرر . فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ . ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية خطرة فى غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيباً يكون مخطئاً حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور هذا الخطأ كما استغرقه إرادة المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولا فى الحالة الأولى أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه ، فليس من المعقول أن يكون مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل إذن أن رضاء المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو ، فلا يزيل عنه صفة الخطأ ولا يستغرقه . ويكون المدعى عليه مسئولا عما أحدثه بخطئه من الضرر

مسئولية كاملة . ولـكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر يعد خطأ منه . ففى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن فى الخطأ المشترك . فينظر فى كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر (١) . ويكون فى أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو فى حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد رضاؤه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضاؤه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب . ولـكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطرها وكان رضاؤه بناء على إشارة الطبيب . لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسئولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل . فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصح المهندس كان خطأ يخفف من مسئوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ وبقيت مسئولية المهندس كاملة . هذا وفى بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور فى رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفى المسئولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذى يرضى عن بينة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشىء على صاحب المهربات (٢) . والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض (٣) . وإذا اتفق أهالى بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم فى أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته فى التعويض

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه «لا ينبغى أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية . وفى حدود هذا الجواز فحسب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٠) . ولـكن يجب أن يضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان رضاء المضرور بالضرر يعتبر خطأ منه ، فتتبع فى هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل(١). وهذه الأحوال القليلة هى التى أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه .

٥٩٥ — الحالة الثانية — أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر :

إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثانى الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذى أحدث الضرر ، وتكون مسئولية المدعى عليه مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيره بها ، فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفزع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماساً للنجاة ، فأضر بنفسه . كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب . وتحققت مسئولية الصديق كاملة (٢) . وكذلك

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ — وأنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد فى حالة تقاذف طرفى الخصوم) — وبنى سويف فى ١٩ يونية سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ (لا تعويض فى حالة تضارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفضت إلى موته) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة إلى كل متضارب ، واقعة يكون هو فيها جانياً على غيره والأخرى يكون مجنياً عليه من هذا الغير . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية . ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ غريمه الناشىء عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو فى إحداث الضرر لنفسه أو تسببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذى يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يربو على تعويضه فأوقعت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه بالزائد . وكل ما تجريه المحكمة من ذلك يجب بيانه فى الحكم ، ولا يكفى فى ذلك قول المحكمة من بادىء الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه فى طلب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسئولية (نقض جنائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تذهب إلى أن المضاربة تنطوى على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب معتدياً ومجنياً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً فى المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة — وهو أقرب ما يكون إلى المبارزة — ينطوى كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذى قد يقع عليه .

(٢) أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .

يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه . وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب . فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول . فيكون الطبيب مسئولا عن التعويض كاملا . وهذا هو شأن الموكل يخطيء اتباعاً لنصيحة خاطئة من محاميه فيستغرق خطأ المحامي خطأ الموكل لأن الخطأ الثاني هو نتيجة الخطأ الأول .

أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور . فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعى عليه . ولا نقف إلا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذي وقع . فلا تتحقق مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة . وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أي احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة . فقد أثبت أن الخطأ المفروض في جانبه — وهو الخطأ في الحراسة — ليس إلا نتيجة خطأ المضرور . واستغرق خطأ العابر خطأ السائق ، وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر . فانتفت مسئولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب وفي وقوع الضرر (١).

٥٩٦ — الخطأ المشترك : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر . بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) (٢).

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر . إذ لولاه لما وقع هذا الضرر . ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولا بقدر ما أحدث من ضرر . وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسئولية تكون بالتساوي بينهما . ويكون المدعى عليه مسئولا عن نصف الضرر . ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المدعى عليه

---

(١) وقد جرى القضاء في فرنسا ، لتيسير عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (أنظر في هذا القضاء مازو ٢ فقرة ١٥٢٧ — ٢) .

(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركا ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثاني ارتكبه الآخر (لالو فقرة ٣٤٨ — مازو ٢ فقرة ١٥٠٧) .

إلا بنصف الضرر (١) . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكانا هما والمضرور مسئولين بالتساوى ، فإن المضرور يرجع على أى منهما بثلثى الضرر لأنه تحمل الثلث الباقى ولأن المدعى عليهمامتضامنان فى الثلثين. وهكذا توزع المسئولية على المدعى عليهم والمضرور على عدد الرؤوس (par part virile) . وفى هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد المسئولين ، فقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسئولين المتعددين المضرور نفسه، فيجب أن يدخل فى الحساب عند توزيع المسئولية ، فيتحمل نصيباً منها بالتساوى مع المسئولين المتعددين .

على أن القانون المدنى الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً . فقضى فى المادة ٢١٦ بأنه «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه (٢) » فالمضرور ، طبقاً لهذا النص ، لا يتقاضى

---

(١) أنظر تحليلا آخر يقرب مما قدمناه فى مازو ٢ فقرة ١٥١١ . وسنرى أن القضاء يميل إلى توزيع المسئولية بحسب جسامة الخطأ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «على أنه يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان قد سوأ مركز المدين» . وقد أقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أو سوأ مركز المدين» ، لأنه يحسن إعمال القواعد العامة فى هذه الحالة ولاسيما أن الحالة التى أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه . وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٨ — ص ٥٥١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء . وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضى لا يحكم بالتعويض متى أقام المدين الدليل على أن الضرر نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبى . وكما أن حق الدائن فى التعويض يسقط عند انفراده بإحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتضى =

تعويضاً كاملا ، بل يتحمل نصيبه فى المسئولية . ونبادر إلى ملاحظة أمرين

=تعويضاً كاملا إذا اشترك بخطئه فى إحداث هذا الضرر أو زاد فيه أو سوأ مركز المدين . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين فى إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٢٥٤ من التقنين الألمانى من هذا الترجيح عنصراً من عناصر التوجيه ، فنصت على أنه «إذا كان لخطأ المضرور نصيب فى إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أداؤه على الظروف ، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أى من الطرفين فى إحداث الضرر» . وليس يمتنع إزاء ذلك أن يرجح نصيب الدائن فى إحداث الضرر رجحانا يثير أمر البحث فى قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهـذا هو المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن القاضى «ألا يحكم بتعويض ما» . ويراعى أن رضاء المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ لزاما عليه بوصفه خطأ يبرر انتقاص التعويض. فالتقنين الألمانى لا يجعل من هـذا الرضاء سبباً للانتقاص (م ٢٥٤) على نقيض ما يقضى به التقنين السويسرى (م ٤٤ فقرة ١) فى هـذا الشأن . فلا ينبغى أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية ، وفى حدود هذا الجواز فحسب . وتعين فـكرة الخطأ المشترك على ضبط حدود فـكرة تقاربها ، هى فـكرة «النتيجة الطبيعية» أو «المألوفة» لتخلف المدين. فقد تترتب على هـذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بعدها عنه ، وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدرى لدى أيها ينبغى الوقوف . ومناط الحـكم فى هذه الحالة هو فـكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التى يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن فى وسع الدائن عقلا أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر فى أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقـاص من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً . وقد طبق القانون الألمانى تلك الفكرة فنص فى المادة ٢٥٤ على وجوب إنقاص التعويض بل وسقوط الحق فيه «إذا انحصر خطأ المضرور فى عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجسامة لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو فى عدم دفع هـذا الخطر أو الحد منه» . (مجموعة الأعمـال التحضيرية ٢ ص ٥٤٩ — ص ٥٥٠) .

هـذا وقد ورد فى المادة ٢١٦ أن القاضى ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد زاد فى إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح فى حادث ، فيهمل فى علاج نفسه ، فيزيد فى الضرر (استئناف مختلط فى ١٠ يونية سـنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ — وفى ٢٤ يونية سـنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب منزلا فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهمل صاحب المنزل فى إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هـذه المدة (أنظر فى هـذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفى ٢٧ ديسمبر سـنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٢ — وفى ٢٣ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ — وفى ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ص ٢٥٩ — وفى ١٤ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ — وفى ٣٠ يونية سـنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٦٦ ص ٤٧٠ — وفى ١١ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ رقم ٢٨ ص ٤٨ — وفى أول يونيـة=

فى شأن النص : أولهما أنه يقول « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض » . ومعنى الجواز فى الإنقاص احتمال ألا ينقص القاضى من التعويض شيئاً ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه على النحو الذى بيناه . والأمر الثانى أن النص يقول «أو لا يحكم بتعويض ما »، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور فى الصور التى أسلفنا ذكرها (١).

=سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦١ — وفى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣ — وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ١٨٥ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٣٩ ص ٣٠٣ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير فى زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجع على هذا الغير . فإذا أحدث شخص كسراً فى أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ فى جبر الكسر تسبب عنه زيادة الضرر ، فالمضرور لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضاً عن زيادة الضرر ، وللمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ فى جبر الكسر (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(١) ونحن نفرض فى غالب ما قدمناه أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من المضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت فى جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً فى جانب أى منهما أو فى جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض فى جانب المسئول أن يرتكب صبى فى رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً بشخص آخر . فيرجع المضرور على الأب يطالبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مفترض فى جانب الأب . فيثبت الأب خطأ فى جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسئولية كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادىء الأمر أن يثبت أنه لم يخطىء فى رعاية ولده ، فينتفى بذلك الخطأ المفترض فى جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . ولكن إذا عجز الأب عن نفى الخطأ فى جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبته من خطأ المضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ فى جانب المضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لا سبب واحد : خطأ المضرور الثابت وخطأ الأب المفترض . فتطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتقسم المسئولية بين المضرور والأب . ويستطيع الأب أن يخلص من المسئولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية بما ينبغى من العناية (أنظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدنى الجديد) .

وقد يكون الخطأ المفترض فى جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة يدهس عابراً فى الطريق ويثبت خطأ فى جانب المضرور . هنا أيضاً خطأ مشترك ، خطأ العابر الثابت وخطأ السائق المفترض ، فتقسم المسئولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص من المسئولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ فى الحراسة ، وهو الخطأ المفترض فى جانبه ، لا دخل له فى إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجبه فى الحراسة كما ينبغى . ومن ذلك أن يثبت أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه فيكون بمثابة القوة=

بقى أن كلا من النصين — المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ — يدع مجالا للقاضى أن يوزع التعويض على المسئولين المتعددين . ومن بينهم المضرور نفسه ، لا على عدد الرؤوس أى بالتساوى فيما بينهم ، بل على أساس آخر . والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامة الخطأ الذى صدر من كل من المسئولين . وفى هذا يتمشى القانون المدنى الجديد مع القضاء المصرى (١) ، والقضاء

= القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم فى الصورة التى نحن بصددها أن السائق لا يستطيع الخلاص من المسئولية بنفى الخطأ المفترض فى جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل إثبات العكس ، وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدمنا .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب المضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتفادى دهس عابر كان يسير فى الطريق دون احتياط ، ينحرف عن الجادة ويصطدم بحائط فيصاب بضرر فالسائق فى هذا المثل هو المضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير فى الطريق دون احتياط ثبت الخطأ فى جانبه أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب السائق ؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض فى جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض فى مصلحة المضرور . والمضرور هنا هو السائق كما قدمنا ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحته . وينبنى على ذلك أن المسئول ، وهو عابر الطريق ، لا يستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض ، ويبقى خطأه هو — وهو السير فى الطريق دون احتياط — السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وتكون مسئوليته عن هذا الضرر كاملة .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والمضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ فى جانب السائق الآخر . فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسئولا عن هذا الضرر كاملا ، ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم . أما إذا أصيبت السيارتان معاً بالضرر ، فإن كلا من السائقين يعوض السائق الآخر تعويضاً كاملا ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض فى جانبه . ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض فى جانب سائق يتهاتر مع الخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، فيتخلص كل منهما من المسئولية بتاتاً ، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة المضرور ، وهذا غير مستساغ كما بينا .

(أنظر فى هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٥١٥ — فقرة ١٥٣٧) .

(١) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قضت به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً ، وساهم هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئا عن خطأين ، خطئه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منقوصا

=منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه (نقض جنائى فى ٢ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦).

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) قد نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذى ترتب على فعله ، فإذا كان المضرور قد أخطأ هو الآخر وساهم فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند تقدير التعويض الذى يطالب به المضرور ، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسئولية المدنية عمن اشترك معه فى حصول الضرر . وإذن فإذا كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على ما قاله من « تكافؤ السيئات » ، وكان المستفاد من البيانات التى أوردها أنه إنما قصد أن المجنى عليهم وقع من جانبهم هم أيضاً خطأ فى حق أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أى ضرر بالمدعى عليه ، فإن هذا يكون مقتضاه أن يحكم للمجنى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم من الجسامة (نقض جنائى فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧) . وقضت الدائرة المدنية من محكمة النقض بمثل ذلك فقالت إنه وإن كان ما يراه قاضى الموضوع من إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار لتوزيع المسئولية بينه هو ومن اشترك معه فى إحداث الضرر متعلقاً بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض . فإن وصف الأعمال التى وقعت من المضرور فى الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذى تراقبه هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيره بها هو مما لا يعتبر فى بعض الصور اشتراكاً فى الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة ، وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب تحت تأثير الفزع بحركة ما التماساً للنجاة فأضر بنفسه لا يعتبر كذلك اشتراكاً فى خطأ القائد ، فإنه لا شك فى أن مساهمة هذا الراكب فى الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء مسابقة بها هى مما يجعله مخطئاً كالمتسابقين ومشتركاً معهم فى خطئهم ومسئولا عما يحدث من جراء ذلك . والأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغى إذن أن يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساهم به المضرور فى الضرر ، ويعتبر الفعل الذى وقع من الغير (نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسئولية فيما بين المدينين المتضامنين يكون بحسب جسامة الخطأ الذى صدر من كل منهم (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — وأنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣)

وأحكام القضاء المصرى من وطنى ومختلط كثيرة فى هذا الموضوع . أنظر : استئناف وطنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٦٥ (صدمة تسببت من إهمال فى قيادة عربة وثبت أنه كان فى إمكان المجنى عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الحشيش) — استئناف وطنى فى ٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (طفلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذى يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية بدون ملاحظة فأزال العمال بعض الأعمدة لتقصير الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة السكك الحديدية ووالدى الطفلة لتركها وحدها خارج المنزل) — استئناف مصر الوطنية فى=

= ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٥ ص ٣١٥ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٢ ص ٨٠٦ (إهمال السائق والمجنى عليه) . وقد يذهب القضاء إذا كان خطأ المضرور فاحشاً إلى حد أن يجعل هذا الخطأ يستغرق خطأ المسئول : استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ ص ١٠٧ (شخص أصابه ضرر من مصادمة وقعت بإهمال مصلحة السكك الحديدية ، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجوداً خارج باب العربة فى أثناء سير القطار) — استئناف وطنى فى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٥٢ ص ٢٣٣ (عبر الأهالى من غير المزلقان الذى أعدته المصلحة للجمهور فدهم أحدهم القطار فقتله ، فاستغرق خطأ المضرور خطأ المسئول ورفض طلب التعويض) — استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ (تلميذ صغير عمره ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) — استئناف مختلط فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦ (مثل القضية السابقة) — استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ (خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها فى الشارع المزدحم بالحركة دون رقيب) . استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ (التعويض الذى يعطى لقريب الميت فى حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان الميت هو الذى يطالب شخصاً بالتعويض) . أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : استئناف مختلط فى ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بوريلى م ٢١٣ رقم ١٥ — وفى ١٣ يونية سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٥٥ — وفى ١٢ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٢١ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥ — وفى أول يونية سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣١ — وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ — وفى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — وفى ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٣ — وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٥ — وفى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٢ .

وهناك أحكام قليلة لمحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسامة الخطأ : استئناف مختلط فى ١٤ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٧ .

هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطآن متميزان كل منهما أحدث أثراً مستقلا عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائن فى المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يحتج على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ فى أنه جعل قيده عند إلى أموال غير مملوكة لمدينه ما دام مال المدين المأخوذ عليه القيد يكفى لوفاء الدين فى المرتبة التى أدرج فيها الدائن خطأ (استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٣) . وكذلك إذا كان خطأ المضرور ليس سبباً مباشراً فى إحداث الضرر ، كما إذا علقت عجلات عربة بشريط الترام عن خطأ من السائق ، وبينما هو يعالج تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا بترام آتى مسرعاً سرعة غير عادية فقتل السائق ، فإن سائق الترام وحده هو المسئول لا سائق العربة (استئناف مختلط فى ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥) .

الفرنسى (١) ؛ ونصوص التقنينات الحديثة(٢) . ولا يلجأ القاضى إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ ، فعندئذ يفرض التكافؤ فيها جميعاً ، ويجرى التوزيع بالتساوى على المسئولين ومنهم المضرور نفسه(٣) .

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة فى حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولا ومضروراً فى الوقت ذاته . كما إذا تصادمت سيارتان . فأصاب السيارة الأولى ضرر قدر بمبلغ خمسين جنيها ، وأصاب السيارة الثانية ضرر قدر بمبلغ عشرين جنيهاً . وثبت الخطأ فى جانب كل من السائقين . أما الضرر الذى أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنيهاً فيقسم بين السائقين بحسب جسامة الخطأ ؛ فإذا فرض أن القاضى لم يستطع أن يتبين هذه الجسامة قسم بالتساوى ، فيكون السائق الثانى مسئولا قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنيهاً . وأما الضرر الذى أصاب السيارة الثانية وقدره عشرون جنيهاً فإنه يقسم أيضاً بالتساوى بين السائقين ؛ فيكون السائق الأول مسئولا قبل السائق الثانى بمبلغ عشرة جنيهات . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثانى إلى السائق الأول فى النهاية خمسة عشر جنيهاً (٤) .

---

(١) أنظر فى تحليل القضاء الفرنسى مازو ٢ فقرة ١٥١٢ .

(٢) التقنين الألمانى م ٢٥٤ — التقنين البولونى م ١٥٨ فقرة ٢ — المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٨ .

(٣) وفى هذا ، كما جاء فى مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس جسامة الخطأ ، مما يلبس الخطأ المدنى لباساً ذاتياً يقربه من الخطأ الجنائى (أنظر فى نقد هذا مازو ٢ فقرة ١٥١٢) . على أن هذا هو الحل العملى العادل ، وهو إذا تعارض مع المنطق المحض ، فإنه يبقى مع ذلك حلا إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهذا ما يقوله حتى نفس الأستاذين مازو (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٧٢ ص ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد تجعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر فقرة ٥٩٩ فى الهامش) .

(٤) ويتبين من ذلك أن كلا من السائقين يتحمل فى النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٢٠ ÷ ٢ = ٣٥) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنيهاً ، تقاضى منه خمسة عشر جنيها ، فيتحمل فى النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً . والسائق الثانى أصيب بضرر قدره عشرون جنيهاً ، ثم دفع للسائق الأول خمسة عشر جنيهاً ، فيكون قد تحمل فى النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً هو أيضاً .

§ ٣ — خطأ الغـــير

٥٩٧ — وضع المسألة : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائى فلا يكون أحد مسئولا .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك فى إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير ، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير فى مسئولية المدعى عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط فى فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأ له شأن فى إحداث الضرر .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأ فليس له أثر فى مسئولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسئوليته كاملة . فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن فى إحداث الضرر ، وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر (١).

= هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفترضاً فى جانب كل من السائقين . فقد قدمنا أن كلا من السائقين فى هذه الحالة يعوض السائق الآخر عن الضرر الذى أصابه تعويضاً كاملا . فيكون السائق الأول مسئولا إزاء السائق الثانى بمبلغ عشرين جنيهاً ، ويكون السائق الثانى مسئولا إزاء السائق الأول بمبلغ خمسين جنيهاً ، فتقع المقاصة . ويبقى السائق الثانى مسئولا إزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنيهاً . وكان فى الصورة الأخرى مسئولا بمبلغ خمسة عشر جنيهاً فقط .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك منقولات المستأجر وبضائعه بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانتفت نية الغش وهى ضرورية لوجود الجريمة ، فمن ناحية المسئولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون بتاتاً ، وحيث تقوم المسئولية على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامى أى أثر (استئناف مختلط فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩م ٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة فى هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامى) أثراً فى مسئولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامى قد وقع على المالك مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركا فى هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت فى القضية التى نحن بصددها أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسئوليته فى تصرفه نحو الغير ، قد استغرق خطأ المحامى .

ويجب ألا يكون الغير الذى ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولا عنهم . فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر فى مسئولية المدعى عليه نحو المضرور (١).

وليس من الضرورى أن يكون الغير معروفاً ، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً فى مسئولية المدعى عليه (٢) .

٥٩٨ — أثر خطأ الغير فى خطأ المدعى عليه — استغراق أحد الخطأين للآخر

للآخر : إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن فى إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب فى إحداث الضرر.. فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه فى هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر — كما بينا فى صدد الكلام فى خطأ المضرور — إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه فى خطأ المضرور من أن رضاءه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاء المضرور لخطأ

---

(١) وينبنى على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يبقى هذا دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التعويض كاملا . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذى ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولا عن هذا الغير نحو المضرور .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولا عن الغير ، فالخطأ الذى يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه أن يؤثر فى مسئوليته ، بل يجوز أن يستغرق خطأه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإذا ترك صاحب السيارة سيارته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولا عنه ، وارتكب القريب أو الصديق خطأ ، عدخطأ صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٢) نحوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه .

المدعى عليه ، فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاء الغير .

٥٩٩ — تعدد المسئولين: فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقيا قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب فى إحداث الضرر . وهذه هى حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر فى إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد ، السابق ذكرها ، على هذه الحالة . فقضت بما يأتى :

« إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر. ٢ — ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب يحدده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر جسامة الخطأ الذى وقع من كل منهم ، فإن استحال تحديد قسط كل منهم فى المسئولية تكون القسمة سوية بينهم» . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضى ، وحول الأساس الذى تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض» . وقد روعى فى هذه الإضافة أن يكون الأصل هو المساواة فى المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن القاضى أن يعدل فى نصيب كل منهم فى التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٩) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون فى إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم ، وهو ما يقضى به التقنين المصرى الحالى فى المادة ١٥٠/٢١١ ، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأكمله . ففيما يتعلق برجوع المضرور على المسئولين عن العمل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة للتفريق بين المحرض والفاعل الأصلى والشريك ، على نحو ما فعل تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٠ (أنظر أيضاً المادتين ١٠٨/٩٩ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٣٠١ من =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسئولين ، فيجوز إذن للمضرور أن يرجع على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملا (١) .

=التقنين النمساوى) . ويلاحظ أن هذه المادة نفسها تنص أيضاً على أن عقى الشيء المسروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاونته . ويؤدى هذا إلى التفريق بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون فى الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم فى إحداثه ، وفى هذه الحالة لا يكون ثمة معدى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً (أنظر المادتين ١٠٩/١٠٠ من التقنيين التونسى والمراكشى والمادة ٨٣٠ من التقنين الألمانى) . (والثانية) حالة إمكان تعيين محدثى الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعددهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم فى إحداثه ، وفى هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يسألون البتة على وجه التضامن (أنظر المادة ١٣٦ من التقنين البولونى والمادة ١٣٠٢ من التقنين النمساوى) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التى تقدمت الإشارة إليها فى التقنين السويسرى . أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن ، فيحدد القاضى ما يؤديه كل منهم معتداً فى ذلك بجسامة الخطأ الذى وقع منه ونصيب هذا الخطأ فى إحداث الضرر وكل ظرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدى مساهمة المسئول فى الضرر الحادث من هؤلاء المسئولين جميعاً . فإذا استحال تحديد قسط كل منهم فى المسئولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ المفروض أن الدليل لم يقم على تفاوت تبعاتهم . وقد واجه تقنين الالتزامات السويسرى حالة تعدد المسئولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسئولية ، كأن يسأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التعاقد ، والبعض بمقتضى نص فى القانون . وقد قضى هذا التقنين بإلزام كل منهم فى هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً مبتدأ ، وقرر فى المادة ٥١ فيما يتعلق بعلاقة بعضهم بالبعض الآخر أن تبعة الضرر تقع أولا على عاتق من أحدثه من بين المسئولين بعمل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه بمقتضى نص فى القانون دون أن يكون مسئولا بناء على خطأ وقع منه أو بناء على التزام تعاقدى ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بمقتضى نص خاص » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٣ — ص ٣٨٤) .

(١) ونحن نفرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضرور ، أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت فى جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً فى جانب أى منهما أو فى جانب كليهما . مثل الخطأ المفترض فى جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من ابنه ، وثبت فى الوقت ذاته خطأ فى جانب الغير كان هو أيضاً السبب فى إحداث الضرر الذى جعل الأب مسئولا عنه . فيجوز للأب — كما قدمنا فى صدد خطأ المضرور — أن يثبت أنه لم يخطىء فى رعاية ولده ، فينتفى الخطأ المفترض فى جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . فإذا عجز عن ذلك بقى الخطأ مفترضاً فى جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت فى جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو المضرور تطبيقاً للمادة ١٦٩ المتقدمة الذكر . وإذا دفع الأب التعويض كاملا للمضرور ، رجع به كله على الغير الذى ثبت الخطأ فى جانبه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب الأب ، لأن هذا =

ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما . والأصل بحسب النص أن تكون القسمة

= الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده . وإذ استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر — بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية كما ينبغى — تخلص من المسئولية بتاتاً حتى نحو المضرور ، ولا يستطيع هنا أن يرجع إلا على الغير الذى ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملا ولا يرجع الغير بشىء على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض فى جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دهس أحد المارة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجأة فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدهس المار . هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب فى المثل السابق ، أن ينفى الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بق أنه أثبت خطأ الغير . فبالنسبة إلى المضرور يكون كل من السائق والغير مسئولا بالتضامن ، ويستطيع المضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملا . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذى ثبت خطأه بكل ما دفعه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده . أما إذا رجع المضرور على الغير ، فلا يرجع هذا على السائق بشىء لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يتخلص من المسئولية بتاتاً نحو المضرور إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه فى الحراسة كما ينبغى ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وفى هذه الحالة لا يرجع المضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملا ، ولا يرجع الغير بشىء على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه فى الحراسة ، أن يثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسئولية على النحو الذى قدمناه (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ — وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) — وقد يزيد الضرر الذى أحدثه السائق عن الضرر الذى قصد تفاديه فلا تكون ثمة قوة قاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداهة أهم منه شأناً وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائى فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ — وانظر فى الفقه والقضاء الفرنسيين فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٦٥٢ — فقرة ١٦٥٣ — ٢) .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر المضرور الغير الذى كان سبباً فى دهس السيارة إياه هو الفاعل الأصلى فرجع عليه بالتعويض كاملا . ولا يستطيع الفاعل الأصلى أن يرجع على السائق — وقد أصبح السائق هنا هو الغير — لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفترض إلا لمصلحة المضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضاً سيارتان اصطدمتا ، فأصيب من جراء هذا الاصطدام عابر فى الطريق ، واستطاع المضرور =

بالتساوى على عدد الرؤوس ، إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامة كل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامة الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى خطأ المضرور(١) .

٦٠٠ — اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ المضرور فى إحداث الضرر : وقد يساهم فى إحداث الضرر خطأ أول يثبت فى جانب المدعى عليه، وخطأ ثان يثبت فى جانب الغير، وخطأ ثالث يثبت فى جانب المضرور . ففى هذه الحالة يتحمل المضرور ، وقد ثبت خطأ فى جانبه ، ثلث الضرر ، ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرور بثلثى التعويض على المدعى عليه أو على الغير ، ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع

= أن يثبت خطأ فى جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت فى جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملا لا يستطيع الرجوع بشىء على السائق الآخر — وهو هنا الغير — إذ لا يوجد فى جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطدمتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع المضرور إثبات خطأ فى جانب أى من السائقين . فللمضرور الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملا بمقتضى الخطأ المفترض. ويبقى أن نرى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرور للتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملا دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملا على السائق الآخر بنصيبه فى هذا التعويض (مازو ٢ فقرة ١٦٦١) .

(١) ولا بد أن نلاحظ هنا أن النص جعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٩ وقد نقلناها فيما تقدم . فقد كان المشروع النهائى ينص على القسمة تبعاً لجسامة الخطأ ثم عدل فجعل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامة الخطأ . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت باشتراك شخصين فى الخطأ ، وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطئه (نقض جنائى فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٩/٢ ص ٣٢٥) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٤ — وفى ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٥ — وفى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ — وفى ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢ .

لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامة خطأ كل من الثلاثة (١) .

المطلب الثاني

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١ — مالتولم : قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه

---

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً في جانب المضرور وحده وخطأ كل من المدعى عليه والغير ثابت، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على المضرور لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا ، ورجع المضرور على أي من المسئولين بالتعويض كاملا ، ورجع هذا بنصف التعويض على المسئول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من المضرور والغير ثابت ، فالقياس أن يرجع المضرور بثلثي التعويض على أي من المدعى عليه أو الغير ، ولكن هذا الحل يجعل الغير يضار بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو انتفى هذا الخطأ ، وبقي الخطأ الثابت في جانب كل من المضرور والغير ، لتحمل الغير نصف التعويض لا الثلثين ، لذلك يرجع المضرور في الحالة التي نحن بصددها على الغير بالنصف ولا يرجع الغير بشيء على المدعى عليه ، وإذا رجع المضرور على المدعى عليه بالنصف ، رجع المدعى عليه بما دفع كاملا على الغير (أنظر في هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ — ص ٥٤٩) .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والمضرور ثابت ، رجع المضرور ، للأسباب التي قدمناها في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعويض ، ولا يرجع هذا على الغير بشيء . ويجوز أيضاً للمضرور أن يرجع على الغير بالنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملا على الغير ولا يرجع هذا بشيء على المدعى عليه . ويستطيع المضرور كذلك أن يرجع بالتعويض كاملا على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملا على المدعى عليه ولا يرجع هذا بشيء على الغير . كما يجوز للمضرور أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ المضرور ثابت ، فليس للمضرور أن يرجع إلا بنصف التعويض على أي من المسئولين ، لأن خطأ ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المسئول الآخر بنصف ما دفع أي بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيبت إحداها ولم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أي من السائقين الآخرين ، جاز للسائق المضرور أن يرجع بالتعويض كاملا على أي من السائقين الآخرين ، والسائق الذي يدفع التعويض كاملا يرجع بنصفه على السائق الآخر (أنظر في هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٦٦٤) .

أحد هذه الأسباب . ولكن يؤدى هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتنعدم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه . ولكن الضرر ذاته هو الذى يتعدد . إذ تتعاقب الأضرار . فتنقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج . فتنعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار) .

§ ١ — تعدد الأسباب

٦٠٢ — تعدد الأسباب مع الاستغراق أو دون استغراق :كثيراً ما تتعدد الأسباب التى تتدخل فى إحداث الضرر . وعند ذلك يعنينا أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً . القريب منها والبعيد . ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر ، أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غيره .

ويحسن فى هذا الصدد أن نميز بين حالتين فى تعدد الأسباب: الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ، والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استغراق .

١ — تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ — بقاء السبب المستغرق وحده مرتباً للمسئولية : رأينا فى بحث السبب الأجنبى أنه يجوز أن يكون للضرر سببان ، ولكن أحدهما يستغرق الآخر . ويبقى هو السبب الوحيد الذى أحدث الضرر ، فتتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق فى فرضين :

١ — أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد : فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد ، ويصبح هو السبب الوحيد الذى تقف عنده . فإذا تعمد شخص إحداث ضرر بآخر ، وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ

ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير ، كما لو انتهز شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير ماق بالا لما حوله فدهسه بسيارته ، أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها، اجتمع سببان تدخلا في إحداث الضرر : تعمد الجانى وخطأ المجنى عليه أو خطأ الغير . ولا شك في أن تعمد الجانى قد استغرق خطأ المجنى عليه أو خطأ الغير ، فالتعمد وحده هو الذى نقف عنده ، ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولا وحده مسئولية كاملة .

٢ — أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطىء الطبيب في نصيحة المريض أو المحامى في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العميل ، فيخطىء المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذى ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هى التى ساقت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ ، وتصبح هى وحدها السبب الذى نقف عنده ، وتتحقق مسئولية الطبيب أو المحامى أو المهندس وحده مسئولية كاملة .

ب — تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ — نظريتان : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى ، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هى نظرية تكافؤ الأسباب théorie de l'équivalence des conditions-la condition sine que non أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هى نظرية السبب المنتج (théorie de la causalité adéquate). وقد كان فقهاء الألمان — وتبعهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى — يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها — وتبعهم في ذلك أيضاً غيرهم — إلى نظرية السبب المنتج . ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ — نظرية تكافؤ الأسباب : قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى فون بيرى

(Von Buri) [(١)]. ومؤداها أن كل سبب له دخل فى إحداث الضرر — مهما كان بعيداً — يعتبر من الأسباب التى أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التى تدخلت فى إحداث الضرر متكافئة ، وكل واحد منها يعتبر سبباً فى إحداثه . ويكون للسبب دخل فى إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر . فلو أن ثملا سار فى عرض الطريق فدهسته سيارة مسرعة ، وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة ، كما كان يمكن للثمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه ، كان هناك سببان فى إحداث الضرر : خطأ السائق فى السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب فى السير فى الطريق العام وهو ثمل . ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً ، وما كان أيضاً ليقع لو لم يكن المصاب ثملا . فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر ، ويعتبر كل منهما سبباً فيه ، ويكون صاحبه مسئولا . فتتحقق المسئوليتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه ، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، كان هنا أيضاً سببان فى إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة فى المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لولم يكن السارق مسرعاً ، وما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة فتسرق منه فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر ، وكلاهما يعتبر سبباً فى إحداثه .

٦٠٦ — نظرية السبب المنتج : قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى فون كريس (Von Kries) [(٢)] ، فانحاز لها الكثرة من الفقهاء فى ألمانيا وفى غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت ، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض فى جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزا . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء ، وفيها الخطأ المفترض ، أسباباً متكافئة . ومن ثم آثر الفقهاء نظرية السبب المنتج ، فيستعرضون الأسباب المتعددة التى كان لها دخل فى إحداث

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٤٤٠ والمراجع المشار إليها .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٤٤١ والمراجع المشار إليها .

الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates) ،ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب فى إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل فى إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هى السببية الطبيعية . ونحن إنما نريد السببية القانونية ، فنبحث أى الأسباب التى يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هى الأسباب التى أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المنتج . وإذا كان كلاهما تدخل فى إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر فى العادة (١)، والسبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً. أرأيت لو أهمل صاحب السيارة فى المحافظة عليها فسرقت منه ، وعدا بها السارق فى سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، فاجتمع سببان فى إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السارق فى أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذى يحدث هذا الضرر فى العادة ، وأليس خطأ صاحب السيارة فى إهماله فى المحافظة عليها حتى سرقت منه وإن كان له دخل فى إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السارق وحده هو السبب المنتج ، أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض ، واعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول. وفى مثل الثمل الذى دهسته السيارة المسرعة اجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ الثمل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة . فهما سببان منتجان ، وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان فى هذا المثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج ، ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هى النظرية الأحرى بالاتباع (٢)

---

(١) مارتى (Marty) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

(٢) أنظر فى تحول القضاء الفرنسى عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج مازو ٢ فقرة ١٤٤٢ — ٢ .

٦٠٧ — الأثر الذى يترتب على تعدد الأسباب التى أحدثت الضرر : فإذا نحن عرفنا الأسباب التى أحدثت الضرر — سواء اهتدينا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب — ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام فى السبب الأجنبى أن هذا التعدد له أثر كبير فى المسئولية. ونستعرض فى إيجاز الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه فى هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة ، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً فى إحداث الضرر . ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذى اشترك مع خطئه فى إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسئولية كاملة . فلو أن شخصا لكم شخصاً آخر فى صدره لكمة بسيطة ، وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فمات المصاب من جراء هذه اللكمة . كان المدعى عليه مسئولا مسئولية كاملة عن موت المصاب (١). ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا بريح عاصف اقتلع شجرة ورماها فى عرض الطريق أمام السيارة ، فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته ، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل ، ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر فى المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كما إذا أسرع سائق السيارة فى سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه ، كان هناك خطأ مشترك

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا فرض أن المضرور فى حادث كان لديه استعداد من قبل (prédisposé) للمرض الذى أصابه بسبب هذا الحادث ، فيكفى أن يكون الحادث هو السبب الذى حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض ، فيلزم المتسبب فى الحادث بتعويض الضرر (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٥)

(faute commune) كما قدمنا، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذى سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا سار السائق فى سرعة كبيرة واعترضته حفرة فى الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبت السيارة وأصابت أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولا نحو المضرور عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض على الغير الذى أحدث الحفرة خطأ فى الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير ، كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعثر بحفرة أحدثها الغير خطأ فى الطريق فانقلبت السيارة وأصابت شخصاً ثملا كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولا نحو المضرور عن ثلثى التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير .

§٢ — تسلسل النتائج

(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨ — التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغى أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التى عالجناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها الآن . فنى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فتعددت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هى التى تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضرارا متعددة . فنى إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفى الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً. وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذى قدمناه ، ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذى سنبسطه فيما يلى .

٦٠٩ — أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد مثل تقليدى أورده بوتييه فى الأضرار التى تتعاقب ، وهو مثل فى المسئولية

العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسئولية التقصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة(١) ، فتعدى مواشي المشترى ، وتموت ويموت معها سائر المواشي ، فلا يتمكن المشترى من زراعة أرضه ، فيعوزه المال، فلا يستطيع الوفاء بديونه، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشي وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى بوتييه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشي وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس ، فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع في مصر ما يقرب من هذا، فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية(٢) بما يأتي : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور ألخ ألخ ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

وقد قضت محكمة النقض (٣) كذلك بما يأتي : « ... إذا حمل الحكم

---

(١) أو يخلطها بمواشي الغير ، وهو عالم أنها موبوءة ، عن إهمال — وذلك حتى ينطبق المثل على المسئولية التقصيرية .

(٢) في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧ — أنظر أيضا استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٩ ص ٢٩ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ — وفي ١٠ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ — وفي ٦ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٧ .

(٣) في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤ — ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقس — أنظر كذلك محكمة طنطا في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ ص ٢٣٥ — استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٧ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ .

مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار ، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ؛ وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ؛ فقضاؤه صحيح قانوناً(١)» .

فهذه أمثلة عملية منتزعة من صميم الحياة المصرية نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين نقف ؟ القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct)فنعوض عنه . ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض .

ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٦١٠ — معيار الضرر المباشر : يجب بادىء الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع(prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكناً توقعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً . وقد فصلنا الكلام فيه في المسئولية العقدية. ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن معيار الضرر المباشر ؟

تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني الجديد لهذه المسألة الهامة ، فتقول :

« إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل

(١) وقضى أيضاً بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها في الريف ، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه فشل التجربة التي أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين في بلده ، ورفض المشترى قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثلها ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن تلف الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تلى ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لخطأ أمين النقل (الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٥٩) .

جهد معقول(١) » .

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذى أحدثه ويبقى بعد ذلك أن نعرف ما الذى يعتبر نتيجة طبيعية . يقول النص : «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراه لأول مرة فى القانون المدنى الجديد(٢) ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة الاستئناف

---

(١) تاريخ النص (الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ فقط — أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام فى المسئولية العقدية : أنظر آنفاً فقرة ٤٥١) : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

«إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة «ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن ...» عبارة «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن ...» وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضى معيارا يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار الذى نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ — ص٥٦٦) .

ويقابل هذا النص فى القانون المدنى القديم المادتان ١٢١/١٧٩ من هذا القانون ، وكانتا ينصان على ما يأتى : «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئا مباشرة عن عدم الوفاء» .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد (الشرط الجزائى) أو مقدراً بنص القانون (الفوائد) تولى القاضى تقديره . ويناط هذا التقدير ، كما هو الشأن فى المسئولية التقصيرية ، بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه ، سواء أكان أساسه فوات هذا الكسب أم تحقق تلك الخسارة . ويراعى أن عبارة «النتيجة الطبيعية» أمعن فى الدلالة على المقصود من عبارة «النتيجة المباشرة» التى استعملها التقنين المصرى (القديم) مقتدياً فى ذلك بكثير من التقنينات الأخرى . وقد بلغ من أمر إعراض التقنين اللبنانى عن اصطلاح (النتيجة المباشرة) أن نص فى المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يعتد «بالضرر المباشر على

المختلطة(١). فلنطبقه على الأمثلة العملية التى قدمناها .

البقرة الموبوءة التى نفقت بعد أن أعدت سائر المواشى فنفقت هذه أيضاً ، أكان المشترى يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر فى

= سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة محققة بالتخلف عن الوفاء بالالتزام» . وقد عنى المشروع بتحديد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديدا وافيا ، فنص فى المادة ٢٩٩ على أنها تنصرف إلى الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ ، ويحتمل المسئولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق متى كان فى استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيطة . ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٤ — ص ٥٦٥) .

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادىء المقررة أن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا فى حدود الأضرار التى كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن يتوقاها بجهده . وعدم بذل هذا الجهد هو فى ذاته خطأ يوجب المسئولية . فإذا أبطلت إجراءات نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانونى ضد محجور عليه ، لم يجز لورثة المحجور عليه مطالبة الدائن الذى اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثمرات التى انتزعت من مورثهم عن طريق الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن قيم المحجور عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم بهذه الإجراءات ، أبطأوا فى رفع دعوى البطلان ، فمكنوا بخطئهم هذا الضرر من أن يقع (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) — كذلك إذا أبطلت إجراءات نزع الملكية وحكم مرسى المزاد لعدم إنذار الحائز للعقار من جراء إغفال ذكر اسمه فى الشهادة العقارية التى أعطيت للدائن الحاجز ، فلقلم الكتاب ، فى الدفاع عن نفسه فى دعوى تعويض ترفع عليه من الحائز عن المدة التى نزع منه فيها العقار ، أن يتمسك بأن الحائز كان على علم بالإجراءات التى اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان قد أنذر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذى كان لا بد أن ينجم من جراء نزع العقار من يده (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذى يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته بكل ما هو ضرورى لتوقى هذا الضرر (استئناف مختلط فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٤). أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٣ — وفى ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — محكمة مصر المختلطة التجارية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ ص ١٩٢ — محكمة المنصورة المختلطة الجزئية فى ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٨ ص ١١ .

ولكن لا يلام المضرور إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا يحتج عليه بهذا الرفض القول بأنه أخطأ فى عدم تلافى الضرر الذى أصابه (استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٦ ص ٢) .

ذلك إلى الظروف الملابسة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة. أما العجز عن الزراعة ، وعن وفاء الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان فى وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان فى استطاعته أن يعمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه : فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التى أصابته من جراء موت المواشى . ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التى تلفت بسبب الحادث الذى وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوقى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تعذر الانتفاع بالبئر الارتوازية ، فتلف الزراعة ، والعجز عن رى الأطيان المجاورة ، وعدم الانتفاع بالأرض التى حفر البئر فيها والأرض التى أعدت لوضع الوابور ، فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفاداها بالالتجاء إلى طريق آخر للرى(١) .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر فى الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله ، ونزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول (٢) .

---

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الأطيان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تعفى صاحب الأرض من التزامه برى هذه الأطيان . أما عدم الانتفاع بالأرض التى حفر فيها البئر فقد يكون ضرراً مباشراً يعوض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . هذا ويعتبر ضرراً مباشراً يعوض عنه الفرق فى تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التى لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أشد مؤونة ولم يكن فى وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التى تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تتوقى تلفها ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة ، وما ترتب على هذا الفشل من انصراف المشترى وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة التالفة ، واستعاضت عنها بآلة سالمة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة .

ونرى من ذلك أن المعيار الذى أتى به القانون الجديد يستقيم فى الأمثلة التى تقع فى الحياة العملية ، وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة (١) .

(١) وهو ، بعد ، ليس بالمعيار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب تقول فى تقريرها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضى معياراً يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار التى نصت عليه المادة ، فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحوال لا ينطبق فيها هذا المعيار ، ومع هذا لا يوجد شك فى أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مخطئة فى عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن تعويض بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بفوات صفقات كان من المنتظر أن يعقدها مع الشركة التى لم تجدد رخصتها (استئناف مختلط فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٨) . ويلاحظ هنا أن الضرر المشكو منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً : الشركة والضرر الذى أصابها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذى أصابه ضرر غير مباشر.

ويقع فى أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص فى غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإنقاذ الغريق فيغرق معه . فهل مرتكب الخطأ يكون مسئولا أيضاً عن غرق المنقذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لخطئه ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسئولا عن غرق المنقذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد خاطر مخاطرة غير مألوفة (لارتفاع النيل) لإنقاذ الغريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض (استئناف مختلط فى ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١ — وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً فى مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإنقاذ شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعى عليه إنما هو اندفاع طبيعى من الغير أملاه قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذى يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتنقل المحكمة فى هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة (Wagner contre Int. R. Co. Corpus Juris. C. 45 p. 481). العبارات الآتية : « الخطر يستدعى الإنقاذ . وصرخة الاستغاثة هى دعوة إلى النجدة . وليس القانون بالذى يتجاهل انفعالات العقل عندما يربط التصرف بنتائجه ، بل هو يعترف بها نتائج مألوفة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر فى حدود الأمور الطبيعية التى يغلب وقوعها . والخطأ الذى يتهدد حياة بالخطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب المهدد ، وهو فى الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لإنقاذه » (Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperiled victim; it is wrong also to his rescuer). =

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولا فى توقى الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك ، وعلى المضرور أن يتحمل تبعة خطأه بتحمل الأضرار التى تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذى ينجم عن الجرح يتحمله المسئول ، والضرر غير المباشر الذى ينجم عن إهمال المضرور فى علاج نفسه يتحمله المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أى الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثها وهى التى كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما الأضرار غير المباشرة ، وهى التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدث الضرر ، فتنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ولا يكون المدعى عليه مسئولا عنها .

الفرع الثانى

آثار المسئولية

٦١١ — دعوى المسئولية وجزاؤها (التعويض) : إذا توافرت أركان المسئولية — خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما — تحققت المسئولية ، وترتبت عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذى أحدثه بخطأه .

= وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه فى عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمح من سائقه ، فنتج عن تدخله ضرر لشخصه ، فإن من يكون مسئولا عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولا أيضا عن الضرر الذى أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ فى تدخله فى الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنسانى (استئناف وطنى فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ ص ١٧٥) .

ويلاحظ أننا نبحث هنا فى علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذى يتقدم لإنقاذ المضرور . أما فى علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير فضولى بالنسبة إليه ، وله طبقاً لقواعد الفضالة أن يرجع عليه بما يصيبه من ضرر (أنظر فى موضوع من يتقدم للإنقاذ sauveteur مازو ٢ فقرة ١٤٩٩ وهو يوجه النظر إلى أن المنقذ قد يتقدم للإنقاذ عن رعونة ، فيكون هنا محل اعتبار) .

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسئولية ، وهو جزاؤها. ويسبق ذلك دعوى المسئولية ذاتها، فنى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم المسئول بمسئوليته ، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .

فنستعرض فى مبحثين متعاقبين: (١) دعوى المسئولية (٢) وجزاء المسئولية (التعويض) .

المبحث الأول

دعوى المسئولية

(Action en responsabilité)

٦١٢ — مسائل أربع : نستعرض المسائل الأربع الآتية : (١) طرفى الدعوى: المدعى والمدعى عليه(٢) الطلبات والدفوع ، ويدخل فى ذلك تقادم دعوى المسئولية (٣) الإثبات : عبؤه ووسائله (٤) الحكم الصادر فى دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه ، وبخاصة طريق النقض .

المطلب الأول

طرفا الدعوى

§ ١ — المدعى

٦١٣ — المدعى هو المضرور : المدعى فى دعوى المسئولية هو المضرور. وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض . والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل مضرور . فالمدعى إذن هو المضرور ، وكل مضرور، ولا أحد غير المضرور .

ا — غير المضرور ليس له حق فى التعويض :

٦١٤ — التبرع بالتعويض لجهة خيرية : بديهى أن غير المضرور لا

يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه (١). ولكن يقع كثيراً — وبخاصة في الأضرار الأدبية — أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التي عينها المضرور لم يصبها أي ضرر ، فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض. أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ، فلا شيء يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم (٢) .

فإذا وقع ذلك ، بقي أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور في أن ينزل لها عن التعويض الذي قضي له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته في النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه يعد فيه بهبة حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة ، مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من القانون المدني الجديد)(٣) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا خالف أحد المزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذي حرم زراعة أكثر من الثلث قطناً ، وجنى محصول القطن المزروع فيما زاد على الثلث وباعه ، فليس لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن هذا القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذي أصاب المصلحة العامة يكفي فيه العقاب الجنائي وتقليع الزائد من القطن (استئناف أسيوط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٢/٢/ص٧٧٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة للمجني عليه بالتعويض على أساس أنه طلبه لنفسه مقابل الضرر الذي لحقه من الجريمة ، قائلة «إنه وإن كان قد ذكر أنه مستعد بعد الحكم التبرع بالمبلغ الذي يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك تقضي له به ، وهو وشأنه فيه بعد الحكم» ، فهذا منها لا شائبة فيه (نقض جنائي في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ — وفي ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥ .

(٣) أنظر عكس ذلك مازو ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٦٩٦ .

ب — حق التعويض للمضرور :

٦١٥ — المضرور أو نائبه : المضرور هو الشخص الذى يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم نائبه مقامه فى ذلك .

ونائب المضرور ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم . وإذا كان مفلساً ، هو السنديك . وإذا كان وقفاً ، هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فنائبه هو الوكيل .

٦١٦ — خلف المضرور : بقى الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى — تلف مال أو إصابة فى الجسم أعجزت عن العمل — فإن الحق فى التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذى كان مورثه يطالب به لو بقى حياً (١) . ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) . ويستطيع المضرور أن يحول حقه فى التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له (٣) .

(١) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه فى الميراث (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ ص ٣١٩٢ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ — وفى ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٠ ص ٥١ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعويان : الدعوى التى يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذى أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلاً .

(٢) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يكون نائباً عن مدينه (م ٢٣٦ من القانون المدنى الجديد) . فالأولى أن يقال إن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(٣) وقبل أن نترك التعويض عن الضرر المادى نعرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للمضرور ؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر مادى يصيب الميت ؟ لا شك فى ذلك ، فقد فقد الميت أثمن شىء مادى يملكه وهى الحياة . ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت فى ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتاً غير طبيعى ، وهنا =

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي ، فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين المضرور والمسئول أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تقدم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام فى الضرر الأدبي وكيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير . فإذا تحدد التعويض عن الضرر الأدبي على هذا النحو ، بالتراضي أو بالتقاضي ، أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث ، وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) ، وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير (٢) .

ضرر لاشك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت، أقبل الموت وهو لا يزال حياً ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر ! ذلك أن الميت قد لحق به الضرر ، لا قبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك للدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت (أنظر فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩١٢ — وانظر : نقض جنائى فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ — المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .

(١) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالب به باسم مدينه . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاطعة فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي . أما وقد ظهرت فى صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث، ويجوز للدائن استعماله.

(٢) ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير ، لأن الحق لا يكون عندئذ قابلا للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المسئول هذه الحوالة ، فإن هذا القبول يعتبر اتفاقا بين المسئول والمضرور على مبدأ المسئولية ومبلغ التعويض ، فيصبح الحق فى التعويض قابلا للتحويل ، وتصح الحوالة فى هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته ، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات فى الحال، فلم تتح له فرصة الاتفاق مع المسئول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدبي الميت بعد موته فى ذكراه ، فيعمد شخص إلى النيل من سمعته ، فلا يمكن أن يقال فى هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأن الأموات لا يتضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يتصور فى هذه الحالة انتقال حق فى التعويض من الميت إلى ورثته ، لا لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضاً لأن الضرر منتف عن الميت بعد موته . ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء النيل من سمعة مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلا بتعويض عن الضرر الأدبي الذى أصابه . ويجب فى اعتبار هذا الضرر الأدبي التوفيق بين واجبين يلزمان من نال من سمعة الميت : واجبه كمؤرخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح خدمة للعلم والتاريخ ، وواجبه فى ألا ينال من سمعة الأحياء من جراء قدحه فى سيرة الأموات دون مبرر (أنظر فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩٢٢ — فقرة ١٩٢٩).

جـ — حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ — تعدد المضرورين : قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد، ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذى أصاب الآخر. مثل ذلك حريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التى أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر ، ولكن الضرر الذى أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذى أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ، ويكون للمقتول قريب يعوله،فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ، وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله .والضرر الثانى ليس إلا انعكاساً للضرر الأول ، فهو نتيجة له (١) . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار فى الحالة السابقة كان كل ضرر منها مستقلا عن الأضرار الأخرى ، أما فى الحالة التى نحن بصددها فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالمسبب .

وفى الحالتين — سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً — يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعاوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضى تعويض كل منهم على حدة .

٦١٨ — الضرر الذى يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لا على فرد أو على أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور فى هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هى الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة

---

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثانى هو ارتداد للضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) . أنظر فى التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقس المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

أو شخص معنوى عام ، وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتمياً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلا النقابة — نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى — فكل عضو فى هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون ، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول ، كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية. والنقابة كشخص معنوى مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك مالا ولها نشاط مهنى وتتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنوى هى المضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديرى النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفى هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول ، ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول (١) . والنقابة كشخص معنوى يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها فى ذلك مصلحة شخصية . فنقابة للعمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل الصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان العمال داخلين فى عضويتها ،

---

(١) أنظر فى القضاء الفرنسى وتضارب أحكامه مازو ٢ فقرة ١٨٧٨ — ٧ إلى فقرة ١٨٧٨ — ١٤ — وانظر فى تدخل النقابات أمام القضاء الإدارى فالين فى الرقابة القضائية على الإدارة — القاهرة سنة ١٩٤٩ — ص ١١٤ — ص ١١٥ .

فإنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب ، بل أيضاً على مصلحة جماعية شخصية ، وكلتا المصلحتين تبرر رجوعها على صاحب العمل . وقيام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التي تنتسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمديريات والبلديات والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة ، إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهي المصالح العامة هي أيضاً المصالح الشخصية للدولة ، والمديرية تمثل مجموع سكان المديرية فمصالح هذا المجموع هي المصالح العامة والمصالح الشخصية للمديرية في وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة (١) .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمي إلى مهنة أو طائفة معينة ، كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والمعلمين والخبراء والمحضرين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجري فلسطين ، وجب أن نلاحظ أن لهذه الجماعة مصالح عامة . فهل الاعتداء على هذه المصالح يجيز للجماعة ، وهي لا تتمتع بشخصية معنوية ، أن ترجع بالتعويض على المعتدي ؟ تقضي القواعد العامة بعدم جواز ذلك ، فالجماعة ما دامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضي ولا أن تقاضى ، ولا يمكن أن تترتب مسئولية في ذمتها ولا أن يكون لها حق في الرجوع على المسئول . وأكثر ما يكون الاعتداء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتداء على مصالحها الأدبية ، كالقذف في حقها أو الحط من كرامتها أو تلويث سمعتها . ففي مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلاً للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأي فرد من أفراد الجماعة — أو أي شخص معنوي داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادي الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض ، ويشترط في ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل

(١) وكذلك الحال في النقابات الإجبارية ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهن الهندسية ، ففي هذه النقابات التي تجمع إجبارياً جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للنقابة بالمصالح العامة للمهنة .

أيضاً أن هذا الاعتداء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصي (١).

§ ٢ — المدعى عليه

٦١٩ — المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذي يكون مدعى عليه في دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولا عن فعله الشخصي أو مسئولا عن غيره أو مسئولا عن الشيء الذي في حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصلي ، وما على المسئول الذي رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصلي ضامناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً ، فالسنديك . وإذا كان وقفاً ، فالناظر . وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل .

ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولا الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هي المسئولة بعد موت المسئول ، وأي وارث يمثل التركة في دعوى المسئولية . وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملا من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشتري أن يفي بجميع الديون التي تثبت في ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض لمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه في هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة في القانون المدني الجديد(٢) . ولا يتصور هنا

---

(١) أنظر في موضوع الضرر الذي يصيب الجماعة مازو ٢ فقرة ١٨٧٨ — فقرة ١٨٩٩.

(٢) ويلاحظ أن المشتري في هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للمدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للمدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للدين ، فلا يكون مشتري المتجر ملزما به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (أنظر في هذا المعنى : استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ — وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٠ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٦٠) .

أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك فى المدعى ، فإنه إذا كان للدائن أن يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين(١) . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل ، فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولا عن التعويض (٢) .

٦٢٠ — تعدد المسئولين : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويجعلهم جميعاً متضامنين فى المسئولية(٣) . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ، ويطالبه بالتعويض كاملا (٤) . ذلك أن

(١) ويجوز للدائن فى دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بالدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع فى هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يحجز تحت يد مدين المسئول حجز ما للمدين لدى الغير .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٣) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم فى المادتين ١٥٠/٢١١ كما قدمنا : نقض جنائى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ ص ٦٥ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٤ ص ١١١ — وفى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ — استئناف وطنى فى ٨ يونية سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٦ (يصح عدم إدخال التابع فى الدعوى مع المتبوع إذ هما مسئولان بالتضامن) — استئناف مختلط فى ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٦ — وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤١ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفى ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٧ — وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفى ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٨ .

ويقول دى هلتس (Respons. No. 55) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر فى الحكم لأن مصدره القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغفلت المحكمة ذكر التضامن ، فلطالب التعويض أن يطلب منها تفسير الحكم والنص على التضامن لمنع الإشكال فى التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ ص ٣٤٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى المدنى رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على المتهم هو وآخر ، فقضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالعقوبة وبالتعويض المدنى ، وبرأت المتهم الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يستأنف المدعى المدنى واستأنفت النيابة ، فقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة المتهم الآخر المحكوم ببراءته ابتدائياً وأيدت الحكم الابتدائى =

التضامن يقضي بأن كلا منهم يكون مسئولا قبل المضرور عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامة الخطأ أو بالتساوي على النحو الذي قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ — أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . فلا تكون ورثة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هي المسئولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذي صدر منه الخطأ .

٢ — أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر . فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم في وقت واحد، فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم ، فإن الباقي لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التي وقعت منهم لم تكن سبباً في إحداث الضرر ، بل لا يكونون مسئولين أصلا لأنهم لم يحدثوا ضرراً ما .

٣ — أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد(١).

= على الطاعن ، وما لم تكن الدعوى المدنية قد استوفت أمامها بالنسبة لهذا الآخر فلم يكن هناك سبيل للحكم عليه بشيء من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشىء عن ارتكابه الجريمة ولو ارتكبها مع غيره (نقض جنائي في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٧٠ ص ٨٤) .

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن في البعض الذي اشتركا فيه ، وينفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك مخفي بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى (نقض جنائي في ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ — وانظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة هي أن أحد المتهمين ضرب المجني عليه فأصاب موضعاً من جسمه، والآخر ضربه فأصاب موضعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن في التعويض أن تبين في حكمها الأساس الذي تقيمه عليه بما يتفق والأصول المرسومة له في القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشىء من الضربتين مجتمعتين لا عن الضربة الواحدة التي أحدثها هو . فإذا هي لم تفعل ولم تعرض للتضامن ، فإن=

فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر (١).

هذه هي الشروط الثلاثة التي يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين في المسئولية . ومتى توافرت تحقق التضامن ، دون حاجة لأى أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (٢) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملا واحداً أوجريمة واحدة(٣) ، فقد يكون أحدها عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة

= المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهم إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما فقط (نقض جنائى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ١٧ رقم ١٠٣ ص ٢٠٤) .

(١) فتجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين فى إحداثه : استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٢٤ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ — محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لترتب التضامن أن تتحد إرادة الفاعلين بمجرد اتحاد وقتى غير مسبوق باتفاق على الاعتداء على المجنى عليه ، وأن يقترف كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه (نقض جنائى فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ —وفى ١١ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٠٤/٤ ص ٤٠٠) .

(٣) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشترى المسروق مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولا مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه ، ولو أنه يعد فى القانون مخفياً لا سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (نقض جنائى فى ١٦ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٢٤ ص ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ ص ٤٩) . وقد يكون أحد الخطأين جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فيهم من حكم عليه بجناية القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض جنائى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ ص ٩— استئناف مصر الوطنية فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ =

الأخطاء فيقترن خطأ جسيم بخطأ يسير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثانى مدنياً ، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعاً عن عمل. مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل ، فى هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائى والآخر مدنى ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء

= رقم ٣١٩/٢ص ٤٩٠). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تطابقت إرادة اثنين فأكثر على إيذاء إنسان والتعدى عليه ، فضربه بعض وقتله بعض ، كانوا مسئولين بالتضامن لورثته عن التعويض ، ومتساوين فى المسئولية المدنية ولو لم يتعادلوا فى المسئولية الجنائية ، وكان فعل أحدهم جناية وفعل الباقين جنحة (١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦) . وقد لا يعرف من من المسئولين هو الذى قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفريقهما حضروا معاً لمحل الحادثة ، وكان كل منهم عاقداً النية على الاعتداء على فريق المجنى عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه المجنى عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التى أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للمدعى بالحق المدنى عن وفاة المجنى عليه لا مخالفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولا من الوجهة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدث الإصابة التى نشأت الموت عنها (نقض جنائى فى ٢ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ — أنظر أيضاً نقض جنائى فى ١٧ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١) . وقد يبرأ أحد المتهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذى أدين جنائياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة برأت المتهم من تهمة الشروع فى القتل إلا أنها أقامت قضاءها بإلزامه بالتعويض مع المتهم الآخر الذى أدين بهذه الجريمة على ما قالته من أنه كان معه وقد سلمه السلاح الذى استعمل فى الجريمة ، ثم اتحد الاثنان فى فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التحرش بالمدعى المدنى ومماكسته ، وتطور الموقف إلى صدور أفعال منهما استفزت المدعى وكان لها بعض الأثر فى وقوع الجريمة التى ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترقى بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذى وقعت جريمة الشروع فى القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثنين على التحرش رغبة فى الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من حلقات الاتفاق الجنائى العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التى صدرت عنهما وكان من نتيجتها استفزاز المدعى كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالى فى الضرر الذى حاق بالمدعى — وهذه الظروف مجتمعة تجعل الاثنين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (نقض جنائى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١٢٧ — ص ١٣٠).

كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعض مفترضاً ، فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مفترض .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد عامل فني مع صاحب مصنع أن يعمل في مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفني وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفني مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدي ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا ، فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملا . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيري غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (in solidum) [1] . ويلاحظ في المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسئولا أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً ، فالمسئولية المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ،

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبب الوكيل في عقد بخطئه في إخلال الموكل بتعهده كان مسئولا معه بالتضامن (استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢) . والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية مجتمعة لا مسئولية بالتضامن . لاجتماع خطأ عقدي مع خطأ تقصيري . وسنرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت من جهة أخرى في بعض أحكامها بأن المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية مجتمعة لا مسئولية بالتضامن ، وهذا أيضاً غير صحيح .

وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين ، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥). وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المسئولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى التضامن . ونجتزىء هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين(١).

---

(١) وفى القانون المدنى الفرنسى لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء فى فرنسا إلى فكرة المسئولية المجتمعة (in solidum) فأقاموها بين المسئولين المتعددين (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٦١ — ١٩٦٩) . أما فى القانون المدنى المصرى ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك تكون المسئولية بين المسئولين المتعددين فى مصر مسئولية بالتضامن لا مسئولية مجتمعة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأنه إذا تعدد المسئولون فالمسئولية بينهم لا تكون مسئولية تضامنية (solidarité =

والمسئولية بالتضامن إنما تكون فى علاقة المضرور بالمسئولين المتعددين(١)، أما فيما بين المسئولين المتعددين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامة الخطأ على الرأى السائد فى القضاء كما أسلفنا الذكر (٢).

بل مسئولية مجتمعة(in solidum): استئناف مختلط فى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٣ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٦ (وجعلت المحكمة هنا القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى لا بحسب جسامة الخطأ) — وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤٣. وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذى ورد فى القانون المدنى المصرى. ومهما يكن من أمر، فإنه إذا رفع المضرور الدعوى على أحد من المسئولين، جاز له أن يطالبه بالتعويض كاملا، ولهذا أن يرجع على سائر المسئولين كل بقدر نصيبه: استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٣ — وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٢ — وفى ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦.

والصحيح أن المسئولية فى مصر، فى حالة تعدد المسئولين، تكون مسئولية تضامنية بجميع خصائصها المتقدمة الذكر، لا مجرد مسئولية مجتمعة. وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة من أحكام القضاء. ومن الأمثلة على تضامن المسئولين عند تعددهم انهيار بناء مملوك فى الشيوع، فيكون الملاك فى الشيوع مسئولين بالتضامن عن الضرر الذى أحدثه انهيار البناء (استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفى ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٤ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨)، وبائعو العقار يعلنون غشاً أن العقار خال من الرهون، فيكونون مسئولين بالتضامن (استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧)، والمشتركون فى اغتصاب شىء واحد يكونون مسئولين بالتضامن (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٧)، وكذلك المتواطئون على الغش (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٩ — وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩)، وكذلك المشتركون فى منافسة غير مشروعة (استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٥).

(١) فإذا كان الخطأ مشتركا، بأن كان المضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث الضرر، وكان المسئول شخصين متضامنين، فقد قدمنا أن المضرور يرجع بثلثى التعويض على المسئولين بالتضامن، ولا يجوز لهذين أن يدفعا هذا التضامن بأن المضرور مسئول هو أيضاً عن الضرر، فيكون متضامناً معهما، ويكون رجوعه عليهما هو رجوع المسئول المتضامن على سائر المسئولين المتضامنين، فلا يرجع على كل مسئول إلا بقدر نصيبه. ذلك أنه يرجع عليهما كمضرور لا كمسئول متضامن.

(٢) استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨ (شريكان فى مبنى على الشيوع، فانهار المبنى وأصاب الغير بالضرر، واعتبر الشريكان مسئولين بالتضامن قبل المضرور، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض بنسبة نصيب كل منهما فى المبنى). وتقضى بعض الأحكام، دون مبرر، بعدم رجوع المسئول

٦٢١ — المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعة : إذا لم تكن الجماعة متمتعة بشخصية معنوية ، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ فى هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفرادا لا جماعة .

وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قدمنا أن يرتكب الشخص المعنوى خطأ تترتب عليه المسئولية المدنية(١). والمسئول الذى تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوى ذاته لا ممثلوه ، فهؤلاء إنما هم أعضاؤه(organes)التى يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها (٢). ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذى يرتكبه الشخص المعنوى يرتكبه فى الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوى والممثلون متضامنين جميعاً فى المسئولية . فإذا دفع الشخص المعنوى التعويض رجع على ممثليه بكل ما دفع دون أن يخصم نصيباً عن مسئوليته ، لأنه لا مسئولية عليه فى العلاقة فيما بينه وبين ممثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ فى الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوى . وقد يكون ممثل الشخص المعنوى تابعاً له كمدير الشركة ، فتتحقق مسئولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية ، وفى الحالة الأولى تتحقق مسئولية الشخص المعنوى باعتباره متبوعا .

الذى دفع التعويض كاملا على المسئول معه ، إذا كان الخطأ الذى ارتكباه معاً يعتبر غشاً ، كما إذا اشتركا فى النصب (استئناف مختلط فى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٠) ، أو فى السرقة (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩) ، أو فى التقليد المزور (استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٢) .

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ — وقد تتحقق المسئولية الجنائية فى أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوى عقوبة جنائية ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تقام على الذراع أو على الرأس فى حالة الشخص الطبيعى ، فهى كذلك لا تقام على الممثلين فى حالة الشخص المعنوى (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨).

المطلب الثانى

الطلبات والدفوع

§ ١ - طلبات المدعى

٦٢٢ - سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التى يستند إليها المدعى فى تأييد طلباته، فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : إخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيرى خطأ ثابتا أو خطأ مفترضا ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى فى دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة ، فيستند أولا إلى الخطأ التقصيرى ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدى ، ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيرى ولكن يدعيه مفترضاً ، فهو فى ذلك كله قد غير الوسائل التى يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه .

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيرى الثابت ، فلا يعد طلباً جديداً فى الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيرى مفترض أو إلى خطأ عقدى . بل يجوز للقاضى ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيرى الثابت ، أن يبنى حكمه على خطأ تقصيرى مفترض أو على خطأ عقدى دون ان يكون بذلك قد قضى فى شىء لم تطلبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم تبدها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التى يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترتب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدى مثلا ، فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الشىء المقضى ، ولا يستطيع المدعى أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيرى . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، ولم تتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هى شروط الشىء المقضى .

أما القضاء الفرنسي فقد جرى على أن المدعي لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من الخطأ ، فيترك الخطأ التقصيري مثلاً إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١). كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ ، لم يحز الحكم قوة الشيء المقضي بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسئولية من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذي رفضت الدعوى على أساسه من قبل . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن السبب — وهو هنا نوع الخطأ — قد تغير (٢) .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، في دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسي (٣).

---

(١) فالفقهاء ورجال العمل في فرنسا ينصحون المدعي أن يستند في دعواه إلى جميع النصوص الخاصة بالمسئولية — عقدية كانت أو تقصيرية — حتى لا تفلت منه فرصة في كسب دعواه مهما كان رأي القاضي في الوسيلة التي يجب أن تستند إليها الدعوى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي الفقه مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ — فقرة ٢١٠١) .

(٢) أنظر في الموضوع مازو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصدرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة في هذا المعنى . فقضت بأنه إذا كانت الدعويان العمومية والمدنية قد رفعتا على المتهم على أساس أنه قارف بنفسه فعل الضرب الذي وقع على عين المدعي عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيهما على هذا الأساس طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها الشك في أن المتهم ضرب المجني عليه ، ولم تر أنه قارف أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعاً لذلك رفضت الدعوى المدنية القائمة على أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن في وسعها أن تحكم بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون المدني باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن فعل غيره ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تغير السبب الذي تقام عليه الدعوى أمامها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به (نقض جنائي في أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠).

وقضت أيضاً بأنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعي لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها بتغيير الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، لأنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٠ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

وأما قضاؤها فى الدائرة المدنية ، فعلى العكس من ذلك يتفق مع الرأى الآخر الذى قدمناه ، وهو الرأى الذى نرجحه . فقد قضت بأن الراجح فى باب قوة الشىء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens). فمهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التى أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض ، وأن لم يتنـــاوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر

= وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسئولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز فى القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها فى هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين أحدهما أو كليهما لا برفضها فمردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس انعدام المسئولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية (نقض جنائى فى ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى ، وهو يعارض المبدأ الذى أخذ به الحكم ، ويؤيد الرأى الصحيح الذى أخذنا به — وانظر تعليقاً آخر له فى هذا المعنى فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ — ص ٢٣٨) .

الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (١).

٦٢٣ — موضوع الدعوى : وموضوع دعوى المسئولية هو التعويض عن الضرر ، يقدره المدعى كما يرى. ولا يجوز للقاضى أن يزيد عما طلبه المدعى وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض فى الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون فى ذلك تعديل فى الطلبات. فقد يطلب المدعى مبلغاً من النقود فيحكم القاضى بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم له القاضى بتعويض نقدى . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذى يطلبه لأول مرة فى الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية ، ثم طلب فى الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالى .

§ ٢ — دفوع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤ — الدفوع : يدفع المدعى عليه دعوى المسئولية بأحد أمرين : إما أن ينكر قيام المسئولية ذاتها فيدعى أن ركنا من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية ، وإما بأن يعترف بأن المسئولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام .

وفى كل ذلك تطبق القواعد العامة (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ — ص ٤٥٢ .

(٢) وقد قدمنا أن هناك دفعاً خاصاً بدعوى المسئولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية ، عن جريمة رفعت الدعوى الجنائية فى شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً فى الدعوى الجنائية . وهذا ما يعبر عنه الفرنسيون بقولهم : Le criminel tient le civil en état وقد وردت هذه القاعدة فى قانون الإجراءات الجنائية الجديد فى المادة ٢٦٥ على الوجه الآتى : « إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها . على أنه إذا أوقف الفصل فى الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل فى الدعوى المدنية » .

٦٢٥ — الرفع بالتقادم: والذى يعنينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم. فقد أدخل القانون المدنى الجديد تعديلا هاماً فى هذا الصدد ، وبعد أن كانت دعوى المسئولية تتقادم كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نورده فيما يلى :

نصت المادة ١٧٢ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ».

« ٢ — على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (١)» .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ — على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول ، فإن هذه المدة هى التى تسقط بها الدعوى المدنية » . وفى لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة ما بين سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث السنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح النص النهائى الذى أقرته اللجنة هو : « ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أطول ، فإن هذه المدة هى التى تسقط بها دعوى التعويض . ٢ — وتسقط دعوى التعويض فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » . وأصبح رقم المادة ١٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه مبدأ لسريان التقادم القصير وهو ثلاث سنوات لأنه لابد من تعيين معيار مادى ثابت لمبدأ السقوط فالمسائل القضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، أما العلم فقد يثير إشكالات لا تنتهى ، ولكن اللجنة تبينت أن كل التشريعات الحديثة أخذت =

وفقاً لهذا النص يجب التمييز بين ما إذا كانت دعوى المسئولية قد قامت على خطأ مدنى لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .

فى الحالة الأولى تسقط دعوى المسئولية بالتقادم بأقصر المدتين الآتيتين :

(١) ثلاث سنوات تنقضى من اليوم الذى علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه. فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويترتب على ذلك أنه قد يمضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم دعوى

= يبدأ المدة القصيرة للتقادم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذى أحدثه ويبدأ المدة الطويلة فى حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة « الشخص المسئول عنه » بعبارة «الشخص الذى أحدثه » ، والاستعاضة عن الشق الأخير من الفقرة الأولى بعبارة «فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية » ، وقصد من هذا الاقتراح الى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التى يوقف فيها سريان تقادم الدعوى العمومية بالتحقيق أو بالمحاكمة لأن إطلاق النص الوارد فى المشروع يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم بانقضاء المدة التى تسقط بها الدعوى العمومية دون نظر الى وقف سريان تقادمها ، والأنسب أن تبقى الدعوى المدنية ما بقى الحق فى رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ، والأصح كذلك أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعويين فى الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة تجاوز الخمس عشرة سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد فى القانون الجديد وأصبح رقمها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٩ — ٤٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى نطاق المسئولية التقصيرية تقادماً قصيراً . فقضى بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع بانقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعاوى البطلان . ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ويقف على شخص من أحدثه . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحدثه ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط على أى الفروض بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع. وإذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية الى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تتقادم بانقضاء مدة أطول ، سرت هـذه المدة فى شأن تقادم الدعوى المدنيـة . فلو حدث الضرر مثلا من جراء جناية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تتقادم إلا بانقضاء تلك المدة وهى أطول. وقد فرض فى هـذا كله أن مبدأ سريان المدة لا يختلف فى الحالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص محدثه ، وهى مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصفوة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس يقبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٠) .

المسئولية ويكفى لتحقق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور ، كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة نفرضها خمس سنوات ، فى هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذى علم فيه الموصى له بالوصية وبمن أتلف الموصى به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم ، أى بانقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر . وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلا، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول ، أى بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه فى اليوم الذى وقع فيه — وهذا ما يحدث غالباً — فإن دعوى المسئولية تتقادم فى هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة نفرضها ثلاث عشرة سنة . فنى هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التى تسرى من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه ، إذ أن هذه المدة الأخيرة عند الحساب تكون ست عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن القانون المدنى الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين فى دعوى بطلان العقد . وسنرى أنه سار على هذا النهج فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة، وها نحن نراه يسير على النهج ذاته فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المتعاقدان فترتبت فى ذمة الملتزم بإرادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفى الحالة الثانية، إذا نشأت دعوى المسئولية عن جريمة كجناية قتل مثلا، تتقادم الدعوى فى الأصل بأقصر المدتين السابقتى الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت قبل أن تتقادم الدعوى الجنائية ، فإن هذه لا تتقادم إلا بعشر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجانى دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية، هو الذى أراد القانون أن يتفاداه . فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم فى هذه الحالة ؛ بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى . أما العكس فسائغ : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية. وصورة ذلك فى المثل الذى نحن بصدده ألا تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجناية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم ينقض لا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية وبالجانى ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية (١) . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التى نشأت عنها دعوى المسئولية مخالفة بسيطة تنقضى الدعوى الجنائية فيها بمضى سنة من يوم وقوعها (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) ؛ فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات(٢) .

٦٢٦ — **سريان النص الجديد من حيث الزمان** : ويتبين مما قدمناه أن

---

(١) نقض مدنى فى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢ .

(٢) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالا فى القانون المدنى الجديد (حيث قصرت مدة التقادم) منه فى القانون المدنى القديم . وهذا هو الذى جعل المشرع فى القانون المدنى الجديد ينص صراحة على الاحتياط الذى نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذى قدمناه . أما القانون المدنى القديم فلم يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، ولم يكن فى حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسئولية فيه كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة ، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

القانون المدنى الجديد قد عدل مدة التقادم فى دعوى المسئولية ، فجعلها فى أكثر الأحوال أقصر من المدة التى كان القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ — أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى ».

ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن مسئولية مدنية قد تحققت فى ظل القانون المدنى القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجنى عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٤١ ، فإن دعوى المسئولية فى هذا الفرض إذا طبق عليها القانون القديم لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة ، فتتقادم فى سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فإنها تتقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فتتقادم فى سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذى ينطبق لأن التقادم بمقتضاه أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٣٦ ، فإن القانون القديم هو الذى ينطبق لأن الباقى من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهى المدة التى قررها النص الجديد ، فتتقادم الدعوى فى هذا الفرض فى سنة ١٩٥١ .

المطلب الثالث

الاثبـــات

§ ١ — عبء الاثبـــات

٦٢٧ — عبء إثبات الضرر : المدعى هو الذى يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو فى دعوى المسئولية خطوة قبل أن يثبت

ذلك (١).

وفى أحوال استثنائية يعفى القانون المدعى من إثبات الضرر :

١ — إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع . فقد نصت المادة ٢٢٨ من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير ». وأكثر ما يقع ذلك فى المسئولية العقدية .ولكن يمكن تصوره فى المسئولية التقصيرية ، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما ، فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ — وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك فى الشرط الجزائى . فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويغلب أن يقع هذا أيضاً فى المسئولية العقدية، ولكنه يتصور فى المسئولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيرى ووضعا شرطاً جزائيا . والمفروض عند وجود شرط جزائى أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر . وقد قدر المتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيمته . وهذه قرينة قانونية تعفى الدائن من إثبات الضرر ؛ ولكنها تقبل إثبات العكس ، فللمدين أن يثبت ، كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٦٢٨ — عبء إثبات الخطأ : الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى . والخطأ كما قدمنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة، تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه .فيثبت

---

(١) استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى م ١٧٩ رقم ٩ — وفى ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ — وفى ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — قارن محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٩ ص ٤٥٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٨ — ص ٣٤٩ .

هذا واقعة أخرى تقوم هي أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى، وهكذا ، إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه ، فيكون هو العاجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذي عجز ، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها . وإن كان الذي عجز هو المدعى عليه ، فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ (١) .

هذا هو الأصل . ولكن ترد استثناءات كثيرة ، يعفى فيها المدعى من إثبات الخطأ ، بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك (٢) . وسنرى فيما يلي تفصيلا وافيا لهذه القرائن القانونية ، وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يعهد إليه بالرقابة على غيره ، وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ المتبوع وخطأ حارس الأشياء . ويلاحظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعفى المدعى من إثبات وجود الحالة القانونية التي يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ (٣) . وسنرى ذلك في مكانه .

٦٢٩ — عبء إثبات السببية : الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى . فهو الذي يثبت ، ليس فحسب الضرر الذي وقع عليه والخطأ الذي وقع من غريمه ، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

ولكن هذه القاعدة محدودة الأهمية . فهي تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون ، وطوراً يضيق مجال تطبيقها العملي حتى تصبح القاعدة هي الاستثناء .

أما الاستثناءات التي يقررها القانون فهي قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس ، يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن

---

(١) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ — محكمة الإسكندرية المختلطة في ١٠ يونية سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٦ ص ١٦٠ .

(٢) أنظر في أن الخطأ المفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو في الواقع من الأمر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ — فقرة ١٦٩٢ .

(٣) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أقامها القانون لمصلحة المدعى دون غيره . وقد رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن ينتفع بهـــذه القرائن ، فلا يصح أن يتمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

حيث يقيم قرائن الخطأ . فهو إذا أقام قرينة على الخطأ — قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس — يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ ، وتقوم ضـــده كذلك قرينة قانونية قابلة هى أيضاً لإثبات العكس على السببية . ويستطيع أن ينفى كلا من القرينتين ، فينفى قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر فى الرقابة ، وينفى قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو لم يقصر أى بإثبات السبب الأجنبى . وحارس الحيوان أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهى غير قابلة لإثبات العكس ، وقرينة السببية وهى قابلة للنفى بإثبات السبب الأجنبى .

فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة ، رأينا أن مجال تطبيقها فى العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ ، ففى أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة ، تقوم فى ذهن القاضى شبهة قوية فى أن الخطأ هو الذى أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عب الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا بنفى هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى . وهذا هو السبب الذى دعا المشرع فى القانون المدنى الجديد إلى أن يورد الحكم فى هذه المسألة على هذا الوضع العملى . فنص فى المادة ١٦٥ على ما يأتى : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . ونص فى المادة ٢١٥ على ما يأتى : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه » . ففى النصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين لا على عاتق الدائن (١) .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة الخطأ يكون بإثبات السبب الأجنبى . وفى هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذى ينتفى بإثبات السبب الأجنبى هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

§ ٢ — وسائل الاثبات

٦٣٠ — الاثبات بجميع الطرق : لما كانت الأركان الثلاثة — الخطأ والضرر والسببية — التي يجب إثباتها لتحقق المسئولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البينة والقرائن (١) . وفي أكثر الأحوال يثبت الضرر والسببية بالمعاينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائي وبالانتقال إلى محل الواقعة ومعاينته وبالقرائن القضائية والقانونية (٢) .

٦٣١ — ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي — تأصيل القاعدة :
ومن أهم القرائن القانونية التي تسيطر على وسائل الإثبات في دعوى المسئولية

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت في علبة استودعتها السيد هي دعوى متضمنة في الواقع دعوين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأي طريق من طرق الإثبات ، فهي دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة في حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوبا فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدني أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية في حد ذاتها ، وإنما يتعلق ببنات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن كما في حالة التعهد بعدم فعل شيء عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتعهده . وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتما بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش في غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هي الحال في جريمة خيانة الأمانة (نقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) .

(٢) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ — وفي ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — وفي ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦ — وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٥ — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٢ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٤ .

حجية الحكم الجنائى. ذلك أن دعوى المسئولية يغلب أن تقوم على جريمة جنائية، فتخضع لاختصاص القضاء الجنائى واختصاص القضاء المدنى . فإذا صدر حكم نهائى فى الجريمة من محكمة جنائية، فإلى أى حد يصبح هذا الحكم حجة فى الدعوى المدنية ، وهل يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى ؟ تجيب المادة ٤٠٦ من القانون المدنى الجديد بما يأتى :

« لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا(١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الوقائع التى لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التى فصل فيها دون ضرورة » . وفى لجنة المراجعة رؤى أن المعنى يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسى ، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتى : « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا » . وأصبح رقم المادة ٤١٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٤ — ص ٤٢٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ١ — استلهم المشروع فى صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٩٥٦ من التقنين الهولندى والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتغالى . ويراعى أن حجية الأحكام الجنائية تنطوى على معنى الإطلاق من ناحية ومعنى الاقتصار من ناحية أخرى . (ا) فهى مطلقة بمعنى أن ما تقضى به المحاكم الجنائية يكون ملزما للكافة ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من تقنين تحقيق الجنايات المختلط على إلزام المحكمة المدنية بالفصل طبقاً لما قضى به نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل فى الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها . ونصت المادة نفسها فى فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل فى الدعوى المدنية المترتبة على وقوع الجريمة إذا رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك اتقاء لتعارض الأحكام . (ب) وهى قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضى به فعلا ، أى ما فصل فيه الحكم . ففى حالة عدم الحكم بعقوبة — وهى الحالة التى تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى — يجوز للقاضى المدنى أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوى حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائى . فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالعفو الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضى بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل فى الواقعة التى أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضى الجنائى قد اقتصر على الفصل فى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يمتنع توقيع عقوبة بشأنها ، فالقاضى المدنى والحال هذه أن يقضى بالتعويض دون أن =

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائى يربط القضاء المدنى بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة فى الخصوم والموضوع والسبب ، ولا يمكن أنْ يتحقق هذا إلا فى قضاء مدنى يقيد قضاء مدنياً أو فى قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً ، فلن يكون هذا لوحدة فى الخصوم فالخصوم فى الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم فى الدعوى المدنية ، ولا لوحدة فى الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا لوحدة فى السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التعويض خطأ مدنى . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشىء المقضى تقتضى الوحدة فى هؤلاء جميعاً !

= يعارض بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها بوصفها تقصيراً مدنياً وقع من المتهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا ينفى قيام التقصير المدنى أيضاً ، إذ ليس ثمة تلازم بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسئولية جنائية ولكنه يستتبع مسئولية مدنية ، وفى هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية فى المسئولية الجنائية وحدها وتقضى بالبراءة ولو أن الواقعة التى فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز مثلا أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضى الجنائى على الفصل فى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضى المدنى أن يقضى بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ — فالشرط الجوهرى فى انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو اقتصار القاضى الجنائى على الفصل فى الواقعة الجنائية دون الفصل فى نسبتها . ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضى أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة إلى المتهم ، كان لحكمه قوة الشىء المقضى به بشأن هذه النسبة ، وتعين على القاضى المدنى أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما تقضى به المادة ١٩ من تقنين تحقيق الجنايات المختلط . ويستفاد هذا الحكم ضمناً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه « إذا برىء المتهم وألزم بتعويضات للمدعى المدنى بالحق المدنى يكون تقدير المصاريف الواجب الحكم بها عليه للمدعى بالحق المدنى المذكور حسب القواعد المقررة فى المواد المدنية والتجارية » . وقد استند القضاء بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام المتهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنح المنصورة فى ٥ مايو سنة ١٩٣٨ جريدة المحاكم المختلطة ٤ يونية سنة ١٩٣٨ واستئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) ورغم تقادم الدعوى العمومية (استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٧).

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائى للقضاء المدنى إلى اعتبارين ، أحدهما قانونى والآخر عملى . أما الاعتبار القانونى فهو أن الحكم الجنائى له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائى . والاعتبار العملى هو أنه من غير المستساغ ، والمسائل الجنائية من النظام العام ، أن يقول القاضى الجنائى شيئاً فينقضه القاضى المدنى. فإذا صدر حكم جنائى بإدانة متهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام ، وقد آمنت الناس على أثر الحكم الجنائى بأن المتهم مجرم أو برىء ، أن يأتى القاضى المدنى فيقول إن المتهم برىء فلا يحكم عليه بالتعويض فى الوقت الذى قال فيه القاضى الجنائى إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض بعد أن قال القاضى الجنائى إنه برىء (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية فى الدعوى التى يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التى صدر فيها ، وذلك منعاً من أن يجىء الحكم المدنى على خلاف الحكم الجنائى . فإنه ليس من المقبول فى النظام الاجتماعى أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ، ثم تأتى المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، فى حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية — لتعلقها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم — بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة ، مما مقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأى حال إعادة النظر فى موضوعه . وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للمدعى بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها،وبنت قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيته إياها استناداً إلى عقد بيع سبق الحكم جنائياً بإدانته فى تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٠ ص ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضى الفصل فى تلك الدعوى بيانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذى تناوله هذا الحكم . وليست العلة فى ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين ، وإنما هى فى الواقع توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع فى الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة لارتباطها بالأرواح والحريات — الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتما ألا تكون هذه الأحكام معرضة فى أى وقت لإعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه ، حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء . وإذ كان تفادى التعارض على الوجه المتقدم =

فنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك ، هو الذى أملى القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى ، هى التى ننتقل الآن إليها .

٦٣٢ — شروط القاعدة — الشرط الأول أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدنى: فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشىء المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى الخصوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب. والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

٦٣٣ — الشرط الثانى أن يكون الحكم الذى يتقيد به القاضى المدنى هو حكم جنائى : ويكفى أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية ، حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكماً تحضيرياً

= هو العلة فى تقرير حجية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية المتعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالربا لا تختلف فى هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها هى أيضاً — فالحكم الجنائى الصادر على المتهم فى جريمة الاعتياد على الإقراض بفوائد ربوية يكون ملزما القاضى المدنى فيما أثبته خاصاً بسعر الفائدة التى حصل الإقراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسى فى هذه الجريمة ، وإذا أبيح القاضى المدنى إعادة النظر فيه لجاز أن يؤدى ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدنى والجنائى فى أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أثبته عن وقائع الإقراض لتعلق هذه الوقائع أيضاً — مهما كان عددها — بالإدانة ، إذ القانون لم ينص على عدد المرات التى تكون الاعتياد ، الأمر الذى يتوجب أن تكون التهمة التى حصل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة فى الجريمة حتى وقت المحاكمة (نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ — وتعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ — ص ١٩٨) .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، منافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتاً دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً بالحق المدنى فى وجه المتمسك بالعقد الذى كان متهماً فى الدعوى الجنائية (نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ ص ٤٦٦) .

ولا حكماً تمهيدياً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائي ولا قراراً صادراً من النيابة العامة (١). ويجب أن يكون حكماً نهائياً.

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده. إذ لو كان الحكم المدني سابقاً، واستقرت به حقوق الطرفين، لم يجز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده. ولا يعقل — كما تقول محكمة النقض — أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (٢).

والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني، وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية تقف من سير

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أيا كان سببه، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف — هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضي قبل المضرور بالحادث، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الطعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائي مدني لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعده. وعلى ذلك إذا فصل في نزاع من محكمة مدنية، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهم الحكم، فإنها لا تكون أخطأت في تطبيق القانون، ولو كان قد صدر بين الحكمين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (نقض مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشترى والبائع بصورية البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشترى، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه. ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة المتهم بتزوير ورقة الضد، طعن المشترى في حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض الالتماس. وبعد الحكم الجنائي — ولكن قبل الحكم في الالتماس — باع المشترى العقار إلى آخر، ورفع المشترى الثاني بعد الحكم في الالتماس دعواه على البائع بملكية المبيع، فقضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن محل التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مقيدة بما قضى به الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل في الدعوى المدنية لا بعد ذلك. فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا محل لذلك، إذ لا يعقل أن ينعى على حكم مخالفته حكما لم يكن قائماً وقت صدوره (نقض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥)

الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً فى الدعوى الجنائية . وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائى النهائى سابقاً فى صدوره على الحكم المدنى ، ليتقيد هذا به (١) . ذلك ما تقضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية . وهذه هى الحكمة المتوخاة منها . ويندر أن يسبق الحكم المدنى الحكم الجنائى ، ولا يتحقق هذا إلا إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية. وفى هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدنى بالحكم الجنائى كما قدمنا.

بقى أن نواجه فرضاً هو الذى يقع فى الغالب من الأحوال : أن ترفع الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية . فى هذا الفرض يصدر حكم واحد فى الدعويين ، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائى الحكم المدنى. وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدنى بالحكم الجنائى ، والقاضى الجنائى الذى يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه ، وبهذا يتحقق الانسجام فعلا ما بين الجزء الجنائى والجزء المدنى . فإذا وقع أن تعارضا ، كان هذا سبباً للطعن بالنقض فى الحكم(٢) .

٦٣٤ — الشرط الثالث أن يكون ما يتقيد به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى وكان فصله فيها ضرورياً: وهذا هو أدق الشروط

(١) ويجوز للخصم الذى يتمسك بالحكم الجنائى ليقيد به القاضى المدنى أن يقدم صورة منه ، بل يجوز للقاضى المدنى من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه الصورة حتى يعرف مدى الحكم الذى يجب عليه أن يتقيد به ، لأن هذا يعتبر من النظام العام ، فللقاضى أن يراعيه ولو لم تطلبه الخصوم .

(٢) فإذا صدر حكم واحد فى الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤنف الحكم فى شقه المدنى دون الجنائى ، لم يجز أن يقال إن الحكم الجنائى قد أصبح نهائيا وقد سبق الحكم المدنى، فيجب أن يتقيد هنا بذلك . ذلك أن الاستئناف يعيد القضية فى جميع نواحيها إلى ما كانت عليه فى الحدود التى استؤنف فيها الحكم ، ويمنع الاستئناف من أن يصبح الحكم نهائياً ، حتى فى الشق الذى لم يستأنف ، من حيث المصالح التى ظلت عن طريق الاستئناف باقية فى الخصومة (مازو ٢ فقرة ١٧٠٩) . فلمحكمة الاستئناف إذن أن تلغى الحكم بالتعويض لمصلحة المتهم الذى حكم القاضى الابتدائى بإدانته وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كما لها أن تحكم بالتعويض على المدعى عليه الذى حكم القاضى الابتدائى ببراءته وأصبحت البراءة نهائية بعدم استئنافها .

الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره. فالقاضي المدنى يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائى من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائى من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فهذان أمران نتولى بحثهما .

(أولا) يتقيد القاضي المدنى بما فصل فيه القاضي الجنائى من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضي الجنائى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . مثل ذلك أن يحكم القاضي الجنائى ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضي المدنى بهذا التكييف الجنائى ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدنى وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدنى هنا مفروض فى جانب السائق ، ويحكم القاضي المدنى بتعويض على السائق الذى حكم القاضي الجنائى ببراءته (١).

(ثانياً) ولا يتقيد القاضي المدنى بما فصل فيه القاضي الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فليس يتقيد القاضي المدنى بجميع الوقائع التى عرض لها الحكم الجنائى وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائى ، بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائى ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضي المدنى مهما أكده القاضي الجنائى . ونستعرض الفرضين المحتملين فى تطبيق هذه القاعدة الدقيقة: (١) أن يصدر حكم جنائى بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ — حكم جنائى بالإدانة (٢) : إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم

---

(١) أنظر فى أن الحكم الجنائى بالبراءة لا يمنع من المسئولية المدنية : نقض جنائى فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ — وفى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(٢) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائى دون الأثر المدنى .

يتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص ، فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه ، وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى ، لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع ، وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام ، تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع ، لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من مخالفات المرور ، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع ، لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى ، كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع . ولا يستطيع أن ينفى فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى ، تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المتهم ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك ، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض ، فإن كون المجنى عليه هو زوج المتهمة أعفى هذه من عقوبة السرقة ، وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المتهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هـــذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر ، كأن أثبت القاضى الجنائى

أن الضرر هو عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً . تقيد القاضى المدنى بذلك ، لأن العاهة المستديمة قلبت الجنحة إلى جناية . ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ ، فإن الحكم الجنائى القاضى بالإدانة يكون قد عرض له حتما وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فيتقيد القاضى المدنى فى حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائى هو فى الوقت ذاته خطأ مدنى ، ولا عكس (١) . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائى — وهو فى الوقت ذاته خطأ مدنى كما قدمنا — لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع فى الجرائم . فلا تتحقق المسئولية المدنية . فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائى ليس بخطأ مدنى ، بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسئولية التقصيرية لم يقم وهو ركن الضرر . كذلك يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى من الخطأ ، لا فى ركنه المادى فحسب ، بل أيضاً فى ركنه المعنوى . فإذا قال الحكم الجنائى إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه ، لم يجز للقاضى المدنى أن ينفى المسئولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامة الخطأ فى الحكم الجنائى فيقيد القاضى المدنى أو لا يقيده وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائى أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضى المدنى يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائى بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى وإن أثر فى تقدير العقوبة ، فلا يتقيد به القاضى المدنى ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتما الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائى أنه موجود أو غير موجود ، فكأنما أثبت أن الضرر قائم أو غير قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائى أثبت

(١) لذلك لا يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى الذى ينفى الخطأ الجنائى ويقضى بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى ، وسيأتى ذكر ذلك .

قيام الضرر أو عدم قيامه، وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائى أن هناك سبباً أجنبياً ينفى رابطة السببية، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم. ولكن إذا جعل الحكم الجنائى هذا السبب الأجنبى داعياً لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير ، وفقاً للقواعد التى مر ذكرها ، لم يكن القاضى المدنى مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائى .

٢ — حكم جنائى بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائى ببراءة المتهم ، فإن ما ورد فى هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه يقيد القاضى المدنى . ولا يتقيد هذا بما ورد فى الحكم الجنائى إذا لم يكن ضرورياً . فإذا أثبت الحكم القاضى بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم ، فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضى المدنى ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائى بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائى وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً فى قيامه ، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضى المدنى بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذى أفضى إلى الموت، فإذا أنكر الحكم الجنائى القاضى بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضى المدنى .

وإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، فى أحد ركنيه المادى أو المعنوى أو فى ركنيه جميعاً، فإن القاضى المدنى يتقيد بما ورد من ذلك فى الحكم الجنائى . فإذا قال هذا الحكم إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه فى ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففى كل هذه الأحوال يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن فى حالة دفاع شرعى (١) . ولكن ذلك لا يعنى أن القاضى المدنى

---

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائى بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هذا وتختلف الحالة التى نحن بصددها عن حالة ما إذا رفعت الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية، وقضى بالبراءة فى الدعوى الجنائية وبرفض طلب التعويض فى الدعوى =

يتقيد بالتكييف الجنائى للوقائع التى أثبتها الحكم الجنائى . فقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى يجعله مسئولا عن القتل بإهمال وهى الجريمة التى نسبت إليه ، ولكن القاضى المدنى قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض فى جانبه(١).

= المدنية ، واستؤنف الحكم المدنى دون الحكم الجنائى . فقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٣٣ فى الهامش) أنه لا يجوز أن يقال إن الحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدنى فيجب أن يتقيد هذا بذلك . فالحكم المدنى فى هذه الحالة قد يقضى بالتعويض مع قيام حكم البراءة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا رفع المدعى المدنى دعواه مباشرة ضد المتهم لقذفه إياه علناً ، طالباً عقابه والحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة ببراءة المتهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعى ولم تستأنف النيابة ، فأيد الحكم استئنافياً ، فطعن بطريق النقض ، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، فقضى على المتهم بالتعويض عملا بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، فلا يصح على المتهم أن ينعى على المحكمة أنها فى حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أقامت التعويض على تينك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولا) لأن المحكمة لها بل عليها أن تتعرض لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل فى طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم لأى سبب من الأسباب بالعقوبة على المتهم ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام المحكمة الجنائية ، وما دام المدعى بالحق المدنى قد استمر فى السير فى دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن الحكم فى الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشىء المحكوم فيه بالنسبة إليه ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدنى (قديم) ولو كان الفعل الضار يكوّن جريمة بمقتضى قانون العقوبات (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٣ ص ٥١٦).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشبى خارج عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار نزع ملكيتها فصلاحتى يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن المتهم قدم صورة عقد ملكية مسجل الخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة فى تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخلا فى الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة أن الأرض التى أقيم فيها السور من المنافع العامة فيكون ركن الجريمة هنا غير متحقق ويتعين إذن تبرئة المتهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل فى مسألة ملكية شخص معين بالذات لتلك الأرض — إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما يفيده حكم البراءة هنا ويصح الاحتجاج به فى صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم تكن فى يوم المخالفة من المنافع العامة . وإذن فإذا ما طرح النزاع فى شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لغير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون مناقضاً لحكم البراءة فى المخالفة (نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ ص ٥١٣) .

وإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة وجود السببية أو انعدامها ، فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتتبع الأحكام التى قدمناها فى هذه المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائى وجود سبب أجنبى ينفى السببية فكأنما أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبى من شأنه أن يقسم التعويض ما بين المسئول والمصاب والغير . فهذا التقسيم ، وهو غير ضرورى لقيام الحكم الجنائى ، لا يقيد القاضى المدنى .

المطلب الرابع

الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥ — مسائلة : بعد أن حددنا طرفى الخصومة فى دعوى المسئولية ، والطلبات التى يتقدم بها المدعى والدفوع التى يرد بها المدعى عليه الدعوى ، وكيف تثبت هذه الطلبات والدفوع ، بقى أن نتكلم فى الحكم الذى يصدر فى

= وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائى الصادر بتبرئة المتهم بإخفاء أشياء مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض للمجنى عليه فى جريمة السرقة ، إذا كان المخفى قد ارتكب فى القليل إهمالا بقبوله بضاعة من شخص لا يتجر فى مثلها دون أن يستعلم منه عن مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٦ — أنظر أيضاً فى أن الحكم الجنائى بالبراءة لا يقيد القضاء المدنى فى الحكم بالتعويض : استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩) .

هذا وإذا تماثل الخطأ الجنائى والخطأ المدنى ، كانت تبرئة المتهم من الخطأ الجنائى مانعة من الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائى ببراءة مالك العقار الذى كان متهماً بأنه مع علمه بوجود خلل فى البلكون لم يرممه وتسبب بذلك فى إصابة أحمد السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح البلكون فعلا ، فإن هذا الحكم يمنع القاضى المدنى من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ الذى قضى بانتفائه (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥ — ويلاحظ أن الحكم الجنائى هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لا بد من إثباته فى جانب مالك البناء وفقاً للقانون المدنى القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض فى جانب مالك البناء وفقاً للمادة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد) .

أنظر فى هذا الموضوع تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ — ص ٢٤٩ .

الدعوى لنرى : (١) ما هى طرق الطعن التى توجه إليه (٢) وماهى الآثار التى تترتب عليه .

§ ١ — طرق الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٦٣٦ — طرق الطعن بوجه عام : لايختلف الحكم الصادر فى دعوى المسئولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهى النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم ولا كلام فى الطريقين الأخيرين ، إذ تطبق فى شأنهما الأحكام المعروفة فى قانون المرافعات .

٦٣٧ — الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ، فإنه هو أيضاً تتبع فى شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لا طلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات. ومن ثم لا يجوز الإستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيرى المفترض أو الخطأ العقدى ، إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيرى الثابت. ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف فى الرأى بيناه فيما تقدم (١) .

بقى أن نجمل هنا — وكنا قد أشرنا إلى ذلك فى أماكن متفرقة — ما هو الواقع الذى لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذى يخضع لرقابتها فى شأن أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ — الخطأ : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ ، وما صح منها وقوعه وما لم يصح . أما التكييف القانونى لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢.

وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ(١) ، وهل هذا الخطأ تقصيرى أو عقدى ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يكفي أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضاً يجوز إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوى متوافراً فى الخطأ ، وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم الخطأ كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص المعنوى مسئولا عن الخطأ ، وفى أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف وقائع التقصير الثابتة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضاً بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشىء ارتباط السبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مئذنة جامع فقتلته ، مستندا إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام فى تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المبلغة لهذا القسم لمنع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مئذنته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يغلق الحوانيت المقابلة للمسجد ولم يمنع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وكانت إشارة المهندس غير مطلوب فيها إغلاق الحوانيت ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المعقول ، فالقضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ — ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكييفها الأعمال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ ، فهى فى ذلك تلتزم تطبيق معيار الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطىء إذ قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المعقول ، أى أنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى فى الظروف الخارجية التى وجد فيها ، فمهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص فى الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة للوقاية من خطر سقوط المئذنة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتكون الحكومة على كل حال مسئولة عن خطأ مهندس التنظيم) .

من الوقائع المادية فى هذا الشأن (١) .

٢ — الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع فى ذاتها (٢). أما تكييفها القانونى ، وهل تكفى لتكوين ركن الضرر ،

---

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها فى الحكم ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتعويض يدعى ترتبه على إجراءات كيدية ضارة أن تثبت فى حكمها أركان الخطأ المستوجب التعويض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ ص ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبت الحكم الأفعال التى صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنويا) واعتبرها متصلة بعضها ببعض اتصال الأسباب بالنتائج ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أفعال خاطئة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مسئولا عن الضرر الذى نشأ عنها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون . وإذن فإذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها فى سحبها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، فقضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدنى فى ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ ص ١٠٩١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا انتحل الحكم للحادث الضار سبباً تقصيريا لا يمكن استخلاصه عقلا من عناصر التحقيق التى كانت أمام المحكمة ، فيتعين نقضه (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ : وقد جاء فى أسباب الحكم ما يأتى : وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الضار فى هذه الدعوى هو انفلات سير البريمة فى آلة بخارية عن موضعه بحركة عنيفة فجائية ، وأن هذا الانفلات العنيف الفجائى لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب فى اختلالها تقصير صاحبها فى صيانتها هو قول لا مصدر له فى محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به فى أى موضع منه أن السير انفلت أصلا بعنف أو بغير عنف ، وأن علة انفلاته هى الخلل ، بل الذى جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقصى ما يصح استنتاجه عقلا ... أن سير الغربال لم يكن فى موضعه الطبيعى ، وأن المتوفى حاول رده إلى موضعه ، فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالا على ألا انفلات لسير البريمة ولا على الظن بأن هناك انفلاتاً ، ولا أن علة هذا الانفلات هى الخلل فى الآلات — ونرى محكمة النقض فى هذا الحكم تتشدد كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذى أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التسبيب قاصراً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد =

وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبي ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه . وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة إلى التي يوجبها القانون على المسئول والمضرور والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٣ — السببية : ولا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي

= إجارة مودعا لديه إلى شريكه في الإجارة ، دون أن يبين وجه الضرر الذي لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع نفي المحكوم عليه لحوق أي ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض وتعين نقضه (نقض مدني في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع ، فهي إذ تقدر تعويض الضرر المترتب على دفاع كيدي ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتمدت في ذلك على أساس معقول (نقض مدني في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجيء هو «أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئات فضلا عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهن والمحافظة على سلامتهن» ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ في عدوله عن الصفقة التي كان المزاد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وتراخ في إبلاغ رسو المزاد في الوقت المناسب إلى الراسي عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات في الفترة ما بين المزاد الأول والمزاد الثاني الذي كان طلب التعويض على أساس نقص الثمن فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض المقضي به ، وهذا يكفي لسلامة الحكم . أما قيمة التعويض فتروكة لسلطة المحكمة تقدرها على وفق ما تراه (نقض مدني في ٤ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣) . وقضت كذلك بأن التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع (نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

يستفاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر(١) . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية ، وهل هى كافية لإيجاد علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبي الذى تنتفى معه هـــذه العلاقة ، وما هى الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث المفاجىء ، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذى يترتب على فعل المضرور وفعل الغير فى تحديد مسئولية المدعى عليه ، وما الحكم إذا تعددت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

خلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الأركان الثلاثة للمسئولية ، من خطأ وضرر وسببية ، لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانونى لهذه الوقائع ، ويدخل فى ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل فى المسائل القانونية التى تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٤ – الآثار التى تترتب على الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٦٣٨ – الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض – نشوء الحق فى التعويض منذ وقوع الضرر

التعويض منذ وقوع الضرر : مصدر الحق فى التعويض ليس هو الحكم الصادر فى دعوى المسئولية . فالحكم ليس إلا مقرراً لهذا الحق ، لا منشئاً له . وحق المضرور فى التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول . فرتب فى ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسئولية إلا بوقوعه ، ومن هذا الوقت لا قبله تتحقق المسئولية فى ذمة المسئول ويترتب حق المضرور فى التعويض (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع . فلا يخضع قاضى الموضوع فى فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب تسبيبه عيب (نقض مدنى فى ١١ مارس سنه ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥).

(٢) أنظر فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — =

ونشوء الحق فى التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولا — يجوز للمضرور أن يتصرف فى حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر . ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير . وأن يوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور فى التفليسة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته كان للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لو جد ما بين وقوع الضرر وصدور الحكم ما يستوجب سقوط الحق فى التأمين

ثانياً — يسرى التقادم فى دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذى قدمناه .

ثالثاً — للمضرور . إلى جانب التعويض الأصلى ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن الإعذار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق فى التعويض الأصلى قد نشأ من وقت وقوع الضرر. ولكن لما كان التعويض الأصلى قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار . فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية. فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضى أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن القاضى لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضرور ذلك وأثبت الضرر

= وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بترتيب الحق فى التعويض من وقت الحكم (أنظر فى هذا القضاء وفى نقده مازو ٣ فقرة ٢٢٥٣ — فقرة ٢٢٦٠ — وانظر فى هذا المعنى أيضاً من أن الحق فى التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم النهائى محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢٠٦).

هذا وقد ينشأ الحق فى التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك فى حالة ما إذا كان هذا الضرر مستقبلا ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق فى التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن ضرر مستقبل محقق الوقوع .

الذى أصابه من التأخير . ومهما يكن من أمر فإن الذى يقع فى الغالب أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلى الناشىء عن خطأ المسئول ، والضرر الناشىء عن التأخير فى دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم . فيجمع التعويضين فى مبلغ واحد (١)

٦٣٩ — الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض ، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً فى هذا الحق . فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم ، فأصبح بالحكم مقوماً . ويغلب أن يقدر بمبلغ معين من النقود .

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق ، بل هو أيضاً يقويه من الوجوه الآتية : (١) يصبح الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدنى الجديد على أنه « إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة » . (٢) يجوز للمضرور ، وقد أصبح بيده حكم واجب التنفيذ ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . (٣) يكون الحق فى التعويض بعد صدور الحكم النهائى قابلا للتنفيذ به على أموال المدين .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ — وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — قارن استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ٢٧٣ .

هذا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة . وقد يطلب المضرور فى الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلى ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير .

المبحث الثانى

جزاء المسئولية (*)

(التعويض)

٦٤٠ — صورتاه للتعويض : جزاء المسئولية هو التعويض ، وهذا الجزاء إما أن يقوم فى صورته العادية المألوفة ، وإما أن تعتوره ملابسات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة .

ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

المطلب الأول

التعويض فى صورته العادية المألوفة

٦٤١ — طريقة التعويض وكيفية تقديره : نبحث أمرين : (١) كيف يعين القاضى طريقة التعويض (mode de réparation)(٢) وكيف يقدر القاضى مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts).

§ ١ — طريقة التعويض

٦٤٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٧١ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

(*) بعض المراجع : ليسين ريبر (Lucienne Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — ديبوا (Dubois) رسالة من ليول سنة ١٩٣٥ — كوليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ — جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣١ — فقرة ٣٣٢ — الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٣٣٣ — فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦١ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٥ — فقرة ٣٥٠ وفقرة ٤٧٠ — فقرة ٤٧٤ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٥٥ — فقرة ٧٠ .

« ١ — يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » .

« ٢ — ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض(١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ — ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى في الجزء الأخير منها على الوجه الآتي : « ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » ، واستبدلت كلمة « المضرور » بكلمة « المصاب » في الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « متصل بالعمل غير المشروع » للحد من إطلاق العبارة الأخيرة ما دام التطبيق العملي لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة سب مثلا ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهل . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٥ — ص ٣٩٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ١ — ليست المسئولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء الخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسئولية التعاقدية ، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ — وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بني بغير حق أو بالتعسف في استعمال حق — إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسئولية التقصيرية . ٢ — فالتنفيذ بمقابل أي من طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية . والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلا إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضي فضلا عما تقدم أن يحكم في أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فيأمر مثلا بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه (أو يكتفي بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سبا : المادة ١٤٠٩ من التقنين =

ويتبين من هذا النص أن الأصل فى التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً ذلك أن التعويض (réparation) بمعناه الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العينى (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدى (réparation non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire)

٦٤٣ — **التنفيذ العينى**: التعويض العينى أو التنفيذ العينى هو الوفاء بالالتزام عيناً . ويقع هذا كثيراً فى الالتزامات العقدية (١). أما فى المسئولية التقصيرية فيمكن كذلك فى قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العينى . ذلك أن المدين فى المسئولية التقصيرية قد أخل بالتزامه القانونى من عدم الإضرار بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره ، كما إذا بنى شخص حائطا فى ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، فنى هذه الحالة يكون البانى مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب البانى ، أو عن طريق التهديد المالى . وهذا ما قصد إليه القانون المدنى الجديد عند ما ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه « يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه » .

= الهولندى) لتعويض المقذوف فى حقه عن الضرر الأدبى الذى أصابه . وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمالى ، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف فى بعض الصور » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ — ص ٣٩٧) .

(١) فمن التزم بعقد أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل يتيسر فى كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزامه . فالبائع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر على تنفيذ التزامه ، وتنتقل الملكية إلى المشترى بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن التصديق على إمضائه أمكن استصدار حكم ضده بإثبات البيع ، وبتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشترى . والمقاول الذى التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن يجبر على ذلك بأن يبنى الدائن المنزل على حسابه . ومن التزم بعقد ألا يفتح نافذة على جاره ، ففتحها ، أمكن إجباره على سدها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل الذى التزم به المدين يقتضى تدخله الشخصى ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العينى عن طريق التهديد المالى المنصوص عليه فى المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدنى الجديد .

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني . ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً ، وطالب به الدائن ، أو تقدم به المدين .

٦٤٤ — التعويض غير النقدي : وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسئولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً ، وإنَ كان هذا هو الغالب . فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولي على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه. كما يجوز للقاضي ، في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (أنظر م ٨٦٠ فقرة أولى) . وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي عليه . وهذا ما عناه القانون المدني الجديد عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضي « أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال ، والاقتصار على ذلك ، قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه .

٦٤٥ — التعويض النقدي : وهذا هو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسئولية التقصيرية . فإن كل ضرر — حتى الضرر الأدبي — يمكن تقويمه بالنقد . ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ، ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلى تعويض غير نقدي، يحكم بتعويض نقدي . والتعويض النقدي هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على أنه «يقدر التعويض بالنقد» .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم ، تبعاً للظروف، بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة . والفرق بين الصورتين أن التعويض المقسط يدفع على أقساط تحدد مددها ، ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض

بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته . ويحكم القاضي بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلا إذا كان المدعي قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقضي له بتعويض مقسط حتى يبرأ من أصابته . ويحكم القاضي بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل — كلياً أو جزئياً — عجزاً دائماً ، فيقضي للمضرور بإيراد يتقاضاه ما دام حياً ، تعويضاً له مما أصابه من الضرر بسبب هذا العجز الكلي أو الجزئي (١) . ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب ، وكان الدين المترتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضي أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقضي به الفقرة الأولى من ١٧١ من القانون المدني الجديد ، إذ تنص على أنه « يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » . وليس هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلا لتحويله إلى إيراد مرتب يعطي للمضرور . ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تعذر التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي ، وتعين الحكم بتعويض نقدي ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضي إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة .

§ ٢ — تقدير التعويض

٦٤٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

---

(١) استئناف مختلط في ١٤ يونية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ — وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ — وفي ٥ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض المقسط إلى أن يبرأ المضرور من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و٢٢٢ ، مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (١)» .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩و٣٠٠ ، مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحتفظ للمصاب بالحق فى أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر فى الحكم » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحقيقاً للمعنى المقصود ، فأصبح النص فى المشروع النهائى (المادة ١٧٤) على الوجه الآتى : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩و٣٠٠ ، مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة» بعبارة «مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ» لأن جسامة الخطأ تدخل فى عموم لفظ الظروف . ولما اعترض على النص بأن فى تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر فى التقدير ، أجيب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلى ، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلى خلال مدة يعينها ، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ — ص٣٩٥) .

ويقابل هذا النص فى القانون الجديد نص المادتين ١٢١/١٧٩على الوجه الآتى: «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد نص القانون الجديد ما يأتى : « يحدد النص مدى الضرر الذى ينجم عن الفعل الضار . ويقدر التعويض ، وفقاً للقاعدة العامة فى المادة ٢٩٩ من المشروع (لا تقرأ المادة ٣٠٠) . ويكفى أن يشار فى هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار . وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى . ولذلك تجرى التقنينات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبقه فى أحوال شتى . فمن ذلك مثلا تفريق التقنين التونسى والمراكشى بين خطأ المدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهرت المادتان ٩٨/١٠٧ من هذين التقنينين حكم هذه التفرقة »=

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما فى النص قد سبق إيرادهما . ونعيد ذكرهما هنا زيادة فى الإيضاح

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتى : « ١ — إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتى : « ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

٦٤٧ — مقياس التعويض هو الضرر المباشر : ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض فى أية صورة كانت — تعويضاً

= قضت على أنه يتعين على المحكمة أن تتاير فى تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسئولية خطأ المدين أو تدليسه . ويفرق التقنين البولونى كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى ، فيقرر فى المادة ١٦٠ أنه « يعتد فى تقدير الضرر المادى بقيمة الشىء وفقاً للسعر الجارى ، فضلا عما له من قيمة خاصة لدى المضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش » . ويقضى تقنين الالتزامات السويسرى بإنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً وكانت موارد المدين محدودة ، فينص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على أنه (إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونة بالغة ، فللقاضى أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاؤه يعرض المدين لضيق الحال) . وقد لا يتيسر للقاضى أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً ، كما هو الشأن مثلا فى جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر فى قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد ، أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافى إذا اقتضى الحال ذلك . وعلى هذا سار القضاء المصرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣) .

عيناً أو بمقابل . وتعويضاً نقدياً أو غير نقدى . وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال — يقدر بمقدار الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققاً . وقد تقدم ذكر هذا كله عند الكلام فى ركن الضرر .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التى لحقت المضرور (damnum emergens) والكسب الذى فاته (lucrum cessans). فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضى بالمال. فلو أن شخصاً أتلف سيارة مملوكة لآخر . وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هى الخسارة التى لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو الكسب الذى فاته . وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه .

ولا يدخل فى الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعاً أو غير متوقع . ففى المسئولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع . أما فى المسئولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

٦٤٨ — الظروف الملابسة التى من شأنها أن تؤثر فى تقدير التعويض :

وتقول المادة ١٧٠ أن القاضى يراعى فى تقدير التعويض « الظروف الملابسة ». ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التى تلابس المضرور لا الظروف التى تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض ، كل هذا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره للتعويض . أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذى صدر منه ، فلا يدخل فى الحساب ، على خلاف فى الرأى بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور تدخل فى الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتى (in concreto) لا على أساس موضوعى (in abstracto) . ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية . فمن كان « عصبياً » ، فإن الانزعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب .

ومن كان مريضاً «بالسكر» ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم (١). كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً فى الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإنما الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التى لحقته ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد(٢).

وقد يفيد المضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مملوكاً لآخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد (٣) . ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، على الأقل إذا كان فى استطاعة المسئول أن يعوض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد (٤).

---

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عينا واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليماً فى مكان المضرور كان لا يصاب بهذا المرض ، إذ العبرة بشخص المضرور لا بشخص مجرد (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب الشيء لا الشخص ، فتكون البلدية مسئولة عما أحدثته أعمال الحفر فى مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديما وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة المضرور المهنية . فالحريق الذى يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

(٤) قارن : استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦ — مازو ٣ فقرة ٢٤٠٣ — فقرة ٢٤٠٤ .

أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول فلا تدخل فى الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أكثر، أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أقل (١). وسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة ، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من الضرر ، دون مراعاة لظروفه الشخصية . إذ العبرة فى تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور لا بالمسئول (٢) . كذلك لا يزيد فى مقدار التعويض أن يكون المسئول قد أمن على مسئوليته بدعوى أن شركة التأمين هى التى ستدفع التعويض . ولا يدخل فى الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذى أحدثه ، فاللص الذى يستعين بالمسروق فى مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولا إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد (٣) .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذى صدر من المسئول عند تقدير التعويض . وإذا تحققت المسئولية ، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل

---

(١) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢) ، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار يسار كل منهما يكون محل اعتبار فى تقدير التعويض .

(٢) ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ — وفى ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ .

(٣) ولا يقال إنه يكون مسئولا عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، فحكم هذه الدعوى أن يدفع المدين أقل القيمتين ، وقد دفع اللص أقل القيمتين بدفعه قيمة المسروق .

وعلى العكس من ذلك يدخل فى الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذى وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ فى أن تراعى المحكمة فى تقدير التعويض المستحق للموظف المفصول بغير حق ما قد يفيده من التحرر من أعباء الوظيفة (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت فى الحكم المطعون فيه أن الضرر الذى يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع الرى كان موقتا ثم زال سببه ، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور فى المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما فى زمن وجيز ، ثم تبقى له على مر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ ص ٣٥٦) .

الضرر المباشر الذى أحدثه هذا الخطأ اليسير . ومهما كان الخطأ جسيما فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدنى عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدنى شيء موضوعى لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شيء ذاتى تراعى فيه جسامة الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة فى اعتباره جسامة الخطأ فى تقدير التعويض. وهذا شعور طبيعى يستولى على القاضى ، فما دام مقدار التعويض موكولا إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء فى مصر وفى فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك (١) .

٦٤٩ — الضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه (٢) : نفرض أن الضرر

---

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك فى أول الأمر (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكت عن التصريح . بل هو الآن يصرح فى بعض الأحيان بأن جسامة الخطأ لا دخل لها فى تقدير التعويض. ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضى لا يستطيع أن يتحامى أن يتحاشى إدخال جسامة الخطأ عاملا فى تقدير التعويض ، ويظهر ذلك بنوع خاص فى تقدير التعويض عن الضرر الأدبى حيث ينفسح مجال التقدير. ويظهر ذلك أيضاً عند تقسيم التعويض على مسئولين متعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص فى ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان المضرور أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسئولية المدعى عليه ، ففى هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جميعاً ويراعى فى التقسيم جسامة الخطأ الذى صدر من كل منهم ، وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن القانون المدنى الجديد لم يجعل جسامة الخطأ عاملا فى تقدير التعويض ، فقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامة الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، مما يخرج جسامة الخطأ عن أن تكون عاملا فى تقدير التعويض . على أن ما نقلناه من مناقشات لجنة القانون المدنى بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٦ فى الهامش) صريح فى أن اللجنة عندما حذفت عبارة «جسامة الخطأ» واستبدلت بها عبارة «الظروف الملابسة» إنما راعت أن جسامة الخطأ تدخل فى عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامة الخطأ من أن تكون عاملا فى تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣ — ص ٣٩٤) .

(٢) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذى لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم . ففى الحالة الثانية يجوز للقاضى أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى ركن الضرر . أما فى الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع إلى يوم

متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . مثل ذلك شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر فى يده ، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لا شك فى أن القاضى يدخل فى حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة (١) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم، وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان فى أول أمره ، حسب القاضى التعويض مراعياً ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن (٢) .

فالعبرة إذن فى تقدير التعويض بيوم صدور الحكم ، اشتد الضرر أوخف.

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والذى تغير هو سعر النقد الذى يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ،فالعبرة

=النطق بالحكم . ولا شىء يمنع من أن تجتمع الحالتان: يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً . وعندئذ نطبق أحكام كل من الحالتين ، ويختار القاضى الوقت الذى يقدر فيه الضرر وفقاً لما سنبينه ، ثم يحتفظ فى حكمه بحق المضرور فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

(١) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول ، كما إذا فقد المضرور إحدى عينيه فى حادث ، ثم فقد الأخرى فى حادث آخر . فالمسئول عن الحادث الأول يرى الضرر الذى أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثانى ، فقد كان هذا الضرر فى أول أمره هو فقد المضرور عيناً واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر فى الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون فى هذه الحالة مسئولا عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مسئول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المسئول عن الحادث الثانى . وهذا المسئول هو الذى يعوض عن زيادة الضرر الناشىء عن فقد المضرور لعينه الثانية بعد أن فقد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٢) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المسئول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة فى ذاته بل إلى سبب أجنبى ، كما إذا كان المضرور فى حادث أصيب فى حادث آخر فمات ، فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور إذ هو غير مسئول عنه ، وقد وضع الموت حداً للضرر الذى ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك .

بالسعر يوم صدور الحكم، ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض(١) . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فإنه يرجع بما دفعه فعلا ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

٦٥٠ — النفقة الموقتة : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية أن المضرور فى حاجة قصوى إلى نفقة موقتة (provision) يدفعها له المسئول من حساب التعويض الذى سيقضى له به فى النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١ — أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .

٢ — أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها ، فى حاجة إلى مدة طويلة .

٣ — أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤ — أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعياً التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائناً ما كان سببه ، ومراعياً كذلك التغير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به . أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغيراً فى الضرر ذاته . وإذ كان المسئول ملزما بجبر الضرر كاملا ، فإن التعويض لا يكون كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يعت إلى الخطأ بصلة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ : منزل ظهر بجبانيه خلل راجع إلى تسرب المياه من أنابيب تالفة لمصلحة التنظيم ، وتقاضى صاحب المنزل تعويضاً كاملا عن إصلاح الخلل بحسب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتعويضاً كاملا عن خلو بالمنزل ، ولم ينظر إلى أن المالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) — ويؤخذ على الحكم أنه لم يدخل فى الحساب تهاون المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩) .

(٢) أنظر فى الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٤٢٦ — فقرة ٢٤٢٨ .

المطلب الثانى

التعويض فى صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١ — **حالات ثلاث**: ما قدمناه فى التعويض هو حكمه فى صورته العادية المألوفة. ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه، فيكون للتعويض صورة أخرى معدلة موصوفة. ويقع هذا فى حالات ثلاث: (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسئولية على تعديل الأحكام التى قدمناها. (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسئوليته المحتملة قبل تحققها. (والحالة الثالثة) أن ينفتح أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذى أصابه.

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف الذى لحق التعويض فى الحالتين الأوليين يتصل بالمسئول، أما الوصف الذى لحق التعويض فى الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور.

ونتكلم فى هذه الحالات الثلاث: (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية (٢) التأمين على المسئولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض.

§ ١ — الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية

٦٥٢ — **نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية**: إذا تحققت المسئولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً. ويكون فى الغالب بمثابة صلح، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر، فللمضرور أن يعفى المسئول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر. ويكون هذا إما نزولا من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا ينازع فى مبدأ المسئولية أو فى مقدار التعويض. ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق. ويكون متبرعاً بما زاد.

وليس فيما قدمناه محل للنزاع . وإنما النزاع فى الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسئولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية.

قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذى سيضره بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تيسر فى المسئولية العقدية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول والمضرور ،فهو ليس بميسور فى المسئولية التقصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور لاتفاق بينهما إلا بعد تحقق المسئولية ؟ وإذا كان هذا صحيحاً فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، فإنه يتصور فى بعض أحوال المسئولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم فى المستقبل مسئول ومضرور. مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولا ومضروراً ؛ فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسئولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملاك المجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضى التى تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملاك الحيوانات التى تجتمع فى مكان واحد لاحتمال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضاً ، وأصحاب السيارات إذا دخلت فى سباق لاحتمال أن تتحقق المسئولية التقصيرية فيما بينها ؛ ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيرى ، والنقل المجانى فيما بين الناقل والمنقول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسئولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية والاتفاق على ضمان المسئولية . فالاتفاق على ضمان المسئولية مثله أن يؤمن المسئول على مسئوليته فى شركة تأمين . ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسئولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضى أن يضمن لها ما عسى أن يتحقق من مسئوليتها بسبب الألعاب الرياضية التى يقوم بها النادى . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية والاتفاق على ضمان المسئولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضرور ، وقد يرفع المسئولية أصلا عن المسئول قبل المضرور . أما الاتفاق الثانى فيقوم بين المسئول الأصلى ومسئول

آخر يضمنه ، لا ليرفع المسئولية عن المسئول الأصلي ، بل ليؤكدها بضم مسئول إليه يتحمل في النهاية المسئولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من حق المضرور في الرجوع على المسئول الأصلي .

والاتفاق على التعديل من أحكام المسئولية إما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من المسئولية أو للتخفيف منها ، وإما أن يكون اتفاقاً للتشديد من المسئولية . ونستعرض كلا من الحالتين.

٦٥٣ — الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها:

هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسئولية بتاتاً . وقد يرمى إلى التخفيف منها ، إما بإنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ، وإما بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسئولية .

وقد كفل القانون المدني الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتي : « ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (١)» .

والقضاء في مصر وفي فرنسا جرى على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسئولية فحسب ، بل أيضا بالنسبة إلى التخفيف منها في صوره المختلفة(٢)

---

(١) أنظر تاريخ هذا النص آتياً فقرة ٤٣٧ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتي : «أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء من المسئولية عن الخطأ التعاقدي باطل إذا كان الخطأ بالغاً جسامة الغش أو الخطأ الفاحش ، أما إذا كان الخطأ يسيراً فبين الفقهاء خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول ببطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدي فهو باطل إجماعاً وفي كل الأحوال » (استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢/٢٥ ص ٤٤) . أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ ص ٢٤٥ — وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٦١ ص ٤٨٠ — استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ — وفي ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ — وفي ١٧ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٨ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٧ — وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٢ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٩ .

وانظر في القضاء الفرنسي مازو ٢ فقرة ٢٥٧٠ .

وتعليل ذلك أن أحكام المسئولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذى يتكفل بتقريرها . فهى ليست كأحكام المسئولية العقدية التى هى من صنع المتعاقدين ، فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائى أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا فى المسئولية العقدية أن كل هذا جائز فى غير العمد والخطأ الجسيم .

أما الفقه فى فرنسا فيناقش القضاء منتقدا إياه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسئولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال. فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التى تترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم). أو على التخفيف من هذه المسئولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلا للاتفاقات المالية. لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس فى القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسئولية فى أية صورة من صور التخفيف (١) .

ومهما يكن من أمر فالقانون الجديد صريح فى بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو فى ذلك يؤيد القضاء فى مصر وفى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .

٦٥٤ — الاتفاق على التشديد فى المسئولية التقصيرية: وقد يكون الاتفاق من شأنه أن يشدد فى المسئولية التقصيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً فى جانب المسئول فى حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسئولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ .

ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون

---

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى وفى نقد القضاء الفرنسى مازو ٣ فقرة ٢٥٧١ — فقرة ٢٥٧٦ .

مشروعاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدنى الجديد من أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة» (١). وغنى عن البيان أن المسئولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجىء والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية. فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسئولية لم تتحقق، فيتحمل التبعة (risque) لا المسئولية ويكون بمثابة المؤمن، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسئولية قد تحققت .

٢§ — التأمين على المسئولية

٦٥٥ — متى يجوز التأمين على المسئولية : التأمين على المسئولية يفضل الإعفاء من المسئولية ، لأنه فى الوقت الذى يزيح فيه عن عاتق المسئول عبء المسئولية لا يحرم المضرور من حقه فى التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين ، ومن ثم فهو كثير الوقوع فى الحياة العملية .

ويجوز للشخص أن يؤمن على مسئوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً، وسواء كان الخطأ التقصيرى مفترضاً أو ثابتاً، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيما . ولكن لا يجوز التأمين على المسئولية المترتبة على الخطأ العمد، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين على المسئولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة (م ٢٢٤ من المشروع النهائى) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ — ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى ، وهنا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية على نقيض ذلك باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية أياً كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته النظام العام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

هذا الغير خطأ عمداً، ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصى الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد (١) .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن على مسئوليته فى مختلف صورها ، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتى : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالمضرور (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير .

٦٥٦ — علاقة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين . وهو يرتب التزامات فى ذمة المؤمن (شركة التأمين) . وأخرى فى ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) التزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص فى ضمان المسئولية التى قد تترتب فى ذمة المؤمن له ، وهى المسئولية التى كانت محلا للتأمين . والأصل أن المؤمن ضامن لكل ما ينجم عن هذه المسئولية من تكاليف . فمتى طولب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلا فى دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن فى الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذى يضمنه المؤمن ليس هو مسئولية المؤمن

---

(١) ويقرب ذلك من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتى : «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه» .

وكذلك فى التأمين من الحريق نصت المادة ٧٦٨ على أنه «١ — يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ، وكذلك يكون مسئولا عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجىء أو قوة قاهرة . ٢ — أما الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولا عنها ولو اتفق على غير ذلك» . ونرى من المقابلة بين هذا النص والنص المتقدم أن المسئولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

له فحسب ، بل كل مطالبة توجه ضده فى شأن هذه المسئولية (١) .

فإذا ثبتت المسئولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت فى ذمته من تعويض بسبب هذه المسئولية (٢) . والقاعدة أن المؤمن يلتزم بالضمان بقدر ما تحقق من مسئولية المؤمن له دون زيادة . حتى لو كان عقد التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد على التعويض الذى ثبت فى ذمة المؤمن له. فلو كان هذا المبلغ ألفا وكانت قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف(٣) . وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسئولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له ، فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ، وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ، فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

---

(١) أو كما يقول هيمار (Hémard) إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة ذاتها ، قضائية كانت أو غير قضائية (Le sinistre est l'attaque même, judiciaire ou extrajudiciaire : Hémard t.2 no. 556) .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يتضمن نصوصاً فى التأمين من المسئولية ، حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تشريع خاص يعالج مسائل التأمين فى مختلف صوره ، وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا المشروع ما يأتى : «لاينتج التزام المؤمن أثره إلا إذا تم المصاب بمطالبة المؤمن له وديا أو قضائياً بعد الحادث المبين فى العقد» .

(٢) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسئولية ، أن يتدخل فى الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا إذا اشترط عدم جواز ذلك (مازو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يجوز للمؤمن أن ينص فى وثيقة التأمين على احتفاظه وحده بالحق فى مباشرة الدعوى (أنظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد) .

(٣) وقد يتفق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسئولية ، فلا يدفع المؤمن إلا نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسئوليته (٨٠ ٪ مثلا) ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المكشوفة (clause de découvert obligatoire) . أو يتفقان على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (خمسين جنيها مثلا) ، فإذا كان التعويض خمسين جنيهاً أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض على خمسين جنيها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المهدرة (clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقان على ألا يدفع المؤمن ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خمسمائة جنيه مثلا) ، فإذا كان التعويض خمسمائة أو أقل دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخمسمائة فإن المؤمن لايدفع إلا خمسمائة ويتحمل المؤمن له مقدار الزيادة . (أنظر فى وجوه التخفيف المختلفة مازو ٣ فقرة ٢٦٦١ — ٢ إلى فقرة ٢٦٧٠).

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين فى مواعيدها وبغير ذلك من الالتزامات التى ترتبها وثيقة التأمين .

ويصح الاتفاق فى الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضاء من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر له بالمسئولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية ، أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظلماً بيناً (١) .

٦٥٧ — علاقة المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص فى المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى نشأت عنها مسئولية المؤمن له ». فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين ما دام المضرور لم يعوض. ومؤدى هذا النص أن المضرور الذى لم يتقاض التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن فى حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له . وفى هذه الحالة يشاركه دائنو المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم (٢).

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ، وقد حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كما قدمنا .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور فى حادث أو خلفاءه يستطيعون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، ويترتب على ذلك أنه عندما يثبت خطأ المسئول عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تستطيع شركة التأمين أن تدفع

٦٥٨ — علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير: يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ ، ولكنه يكون مسئولا عن عمل الغير الذى صدر منه الخطأ . ويتحقق ذلك فى مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم فى رقابته ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور ، ورجع به على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذى صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلى أنه إذا اجتمع للمضرور طريقان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين ، جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذى ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذى تحققت به المسئولية ، ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذى دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذى قام عليه الحق الآخر ، فمصدر الحق فى التعويض الخطأ الذى ارتكبه الغير ، ومصدر الحق فى مبلغ التأمين العقد الذى أبرمه مع المؤمن .

ولكن يغلب فى العمل أن يشترط المؤمن فى عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل من صدر منه الخطأ إلى المؤمن . فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقى(١) . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد

دعوى المضرور إلا فى حدود مبلغ التعويض المتفق عليه فى عقد التأمين وهى الحدود المرسومة لمسئوليتها (استئناف مختلط فى ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر فى هذا المعنى أيضاً : استئناف مختلط فى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تخريجه وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط لمصلحة المضرور ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ويرجع فى ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط .

(١) وقد نص القانون المدنى الجديد على حلول قانونى فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فقضت المادة ٧٧١ بما يأتى : «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله» . ولكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما نرى يمنع صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولا عن أفعاله .

العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له فى الرجوع على الغير الذى صدر منه الخطأ ، لا حلولا اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول ، ولا حلولا قانونيا لأن الحلول القانونى لا يكون إلا بنص والنص غير موجود(١).

§ ٣ — اجتماع طريقين للتعويض

٦٥٩ — كيف يجتمع طريقان للتعويض : قد يوجد لدى المضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر. مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه فى إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر فى جسمه أو فى ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الخسائر أو التأمين من المسئولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذى يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً فى نفقة أو إيراد فى ذمة الغير .

ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد (٢)

٦٦٠ — اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين: إذا أصيب شخص بضرر فى جسمه أو فى ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانونى يؤدى إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان، حق قبل المسئول عن هذا

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، لا تمسكا بالقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، ولا احتجاجا بالحلول القانونى (استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ ص ٧٤ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٧٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٨) .

ومع ذلك قارن استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وسنعود إلى ذلك فيما يلى .

(٢) وقد يجتمع التعويض مع الدية فى قانون تحقيق الجنايات الوطنى القديم (أنظر م ٥٦ من هذا القانون) ، إذ التعويض غير الدية (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٣٩ — محكمة أسيوط فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ ص ٥١) .

الضرر فى التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذى ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين فى مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق العقد الذى تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث . ووقع الضرر الذى أمن نفسه منه ، فهو — أو ورثته — يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث ، ويجمع بذلك بين الحقين . كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق ، أو على بضاعته من الغرق ، أو على مسئوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولا عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسئولية ، ويجمع بذلك فى هذه الحالات أيضاً بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانونى بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذى أصابه ، أما مبلغ التأمين فليس مقابلا للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى دفعها للشركة (١).

---

(١) وإذا كان عقد التأمين عقداً احتماليا بالنسبة إلى المؤمن له — فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التى دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاضى شيئاً أصلا إذا لم يقع — فإن العقد بالنسبة إلى الشركة ليس بالعقد الاحتمالى لأن الشركة تعوض خسارتها عند بعض المؤمن لهم بمكسبها عند بعض آخر ، وهى فى مجموع صفقاتها غير خاسرة ، وقد أقامت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تعوض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

إذن يجب التسليم بأن المضرور يستطيع أن يجمع بين الحقين ، حقه فى التعويض ضد المسئول وحقه فى مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر ، فأحدهما مصدره العمل غير المشروع والآخر مصدره العقد .

وإذا كان التشريع الفرنسى الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص فى المادة ٣٦ منه ، فى التأمين على الأشياء ، على حلول شركة التأمين محل المضرور فى الرجوع على المسئول بمقدار مبلغ التأمين الذى دفعته الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عملى هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لئلا يغريه ذلك على إتلاف الشيء الذى أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع فى المادة ٥٥ منه ، فى التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين محل المضرور فى الرجوع على المسئول ، فذلك إنما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قدمنا ، بعد أن انتفى الاعتبار العملى الذى كان يمنع من الجمع بينهما ، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طمعاً فى مبلغ التأمين ، وإذا هو فعل فمن السهل افتضاح أمره .

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بحجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين(١) .

٦٦١ — اجتماع التعويض مع النفقة أو الايراد : قد يكون الضرر الذى أوجب التعويض للمضرور سبباً فى ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل فى مصنع تسبب عامل آخر فى إصابته ، فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق فى الوقت ذاته تعويضاً كاملا قبل العامل المسئول عن الحادث ، فهل له أن يجمع بين

= وقد طبق القانون المدنى الجديد مبدأ عدم حلول الشركة محل المؤمن له فى التأمين على الحياة ، فنص فى المادة ٧٦٥ على أنه «فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث» . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر القانون الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن فى التأمين من الحريق ، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله» . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشياء ، لا يجمع فى الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله فى الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشمله ضمناً .

(١) وقد رأينا محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل له عن دعواه (أنظر آنفاً فقرة ٦٥٨ فى الهامش) . وقد قضت أيضاً ، فى ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له فى التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بحقه فى الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء فى ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يتخلص من نتائج هذه المسئولية قبل المضرور بدعوى أن المضرور قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا بحجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كمبدأ عام ، المنازعة فى حق المؤمن فى الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسئولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

التعويضين ؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقعده عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهل يجمع بين التعويض والنفقة ؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قدمنا أن مبلغ التأمين ليس مقابلا للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي سبق دفعها . ولكن المبلغ الجزافي الذي يدفعه رب المصنع للعامل عند إصابته ، والنفقة التي يدفعها من تجب عليه النفقة ، لا مقابل لها إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذي أصابه . فالصبغة الغالبة عليهما هي التعويض عن هذا العجز . لذلك لا يجوز أن يجمع المضرور بين تعويضين ، فهو إذا تقاضى التعويض الجزافي أو النفقة ، لم يرجع على المسئول إلا بما بقي من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المتسبب في ذلك (١) . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول ، فلا يجوز له أن يرجع بشيء على صاحب المصنع (٢) أو الملزم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب في حادث تكون الحكومة مسئولة

---

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٢٠٠ — قارن استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٦٥ .

(٢) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمل والتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسئولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام في المطالبة بتعويض الضرر المدعى به ، لأن القانون الأول مجال تطبيقه الأحوال التي أراد فيها المشرع أن يرعى جانب العامل نظراً لمخاطر العمل بعدم تحميله عبء إثبات خطأ صاحب العمل أو تقصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون واتخذها سنداً له في طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يتمسك بأي قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحادث المطلوب عنه التعويض قد نشأ عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان المدعي بنى طلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسئولية العامة ، وطلب الحكم له بالتعويضين على اعتبار أنهما طلبان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من المتعين عليها أن تنظر في الطلب المؤسس على القانون العام (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

عنه ، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائي يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إنقاص مبلغ المعاش الاستثنائي . سواء كان في صورة إيراد مدى الحياة أو في صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف (١). لكن إذا قبض الموظف معاشه العادي طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث وفاة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسئولا عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان ، وإن كانا مختلفين في الأساس القانوني ، هما متحدان في الغاية ، وهي جبر الضرر الواقع للمضرور . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملا مكافئاً لمقدار الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إثراء لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسئولة أيضاً عن التعويض الذي أساسه القانون المدني يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المستحق . وهذا النظر يتفق وما قرره الشارع في حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذي قرر التزام صاحب العمل — على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات — بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدني (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد الحكم المطعون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ٥ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذي ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التي منحتها الطاعنة المطعون عليه هي مكافأة استثنائية بقدر معلوم استحقها وفقاً لهذا القانون كتعويض على مجرد الإصابة التي لحقته وأقعدته عن مواصلة العمل في خدمة الحكومة ، وأن حقه في التعويض الكامل الجابر للضرر الذي لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تسأل عنه الطاعنة (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث في وقائع حربية أو في مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاش عنه في التعويض (نقض جنائي في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن المبدأ الصحيح الذي قررناه ، وقد انتقده بحق الدكتور سليمان مرقس في تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

لأن المعاش العادى كمبلغ التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التى أخذت من مرتب الموظف (١) .

أما إذا كان المضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه من ضرر ، فلا يجوز للمسئول أن ينتقص من مبلغ التعويض الذى يلزمه بمقدار هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للمضرور لا للمسئول .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير
والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ — المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبته مدعى المسئولية وهو المضرور .

وننتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف فى الرأى سنفصله فيما يلى . وقد توخى المشرع فيها أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم القانون المدنى الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

(١) نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم فى الحاشية السابقة . ويقرر الحكم ، فى المسألة التى نحن بصددها ، ما يأتى : «ولكن المكافأة العادية التى تستحقها ورثة المستخدم عند وفاته وفاة طبيعية والتى لا علاقة لها بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة للورثة بالإضافة إلى التعويض» .

الفرع الأول

المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ — حالتانه : يكون الشخص مسئولا عن عمل الغير فى حالتين :
(الحالة الأولى) هى حالة من تجب عليه رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ويكون مسئولا عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .
(والحالة الثانية) هى حالة المتبوع ويكون مسئولا عن أعمال التابع .

المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته (*)

(Responsabilité du surveillant du fait de son surveillé)

٦٦٤ — النصوص القانونية : كانت المادة ١٥١ من القانون المدنى الوطنى القديم تنص على ما يأتى :

«وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشىء عن إهمال من هم تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم » .

وكانت المادة ٢١٣ من القانون المدنى المختلط القديم تنص على ما يأتى :

«يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشىء عن تقصير من هم فى رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

(*) بعض المراجع. بولاتون (Beaulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — كومبسكير (Combescure) رسالة من مونبيليه سنة ١٩٣٧ — كورتو (Courteaud) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — جرومتر (Grosmaitre) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ — جانبيير (Jeanpierre) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٨ — بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ — أليرتى (Alberti) رسالة من إكس سنة ١٩٤٢ — الوجيز للمؤلف فقرة ٣٤٥ — فقرة ٣٤٨ — مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ١٤٨ — فقرة ١٩٢ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٩٧ — فقرة ٥١٣ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٧٤ — فقرة ٨٧ .

وكانت هذه النصوص معيبة من وجوه متعددة : (١) فهى من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عمن هم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض طوراً لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت فى جانبه ، مع أن المقصود هو المسئولية الأولى (١) . (٢) ثم هى لم تبين فى أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص متولياً الرقابة على غيره . (٣) وهى أخيراً لم توضح أساس المسئولية ، وهل هى قائمة على خطأ مفترض . وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس(٢) .

فجاء القانون المدنى الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٣ على ما يأتى :

« ١ — كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

« ٢ — ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

« ٣ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية (٣)» .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ .

(٢) ومع ذلك فإن هـذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلتها فى القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) التى لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصرت على ذكر طوائف من المسئولين على سبيل الحصر (أنظر مازو ١ فقرة ٧١٢ — فقرة ٧١٩) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شـخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير =

ونبحث فى صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

= بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بعد أن أصبح رقمها ١٧٧ فى المشروع النهائى ، على الوجه الآتى : « ١ — كل من تولى رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ — ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . ٣ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتيين: (أولا) تجنب جعل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص ، فإن هذا من شأنه أن يثير فكرة الولاية على النفس وأحكامها فى الشريعة الإسلامية مما قد لايتفق تماما مع فكرة الرقابة فى القانون الحديث . (ثانياً) حدد فى التعديل إلى أى سن يكون الصبى فى حاجة إلى الرقابة ومتى تنتقل الرقابة إلى المعلم فى المدرسة أو فى الحرفة وإلى من تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى التشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة ينتفى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وطوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبى وهذا ينفى علاقة السببية لاينفى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسئولية إنما يكون بأحد أمرين : إما بنفى الخطأ وإما بنفى علاقة السببية . ففى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتفى الخطأ ، وفى الحالتين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (أنظر : نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩٠/١ ص ١٩٨ وسنعود إلى هذا الحكم فيما يلى) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة انتهت إلى إضافة كلمة « المشرف » فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص » بعبارة « كل من تولى رقابة شخص » لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٥ — ص ٤١٢) .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ — شرطاه لتحقق المسئولية : تتحقق المسئولية إذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر ، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت فى جانبه فأوجب مسئوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولا عن هذا العمل غير المشروع .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

§ ١ — تولى الرقابة

٦٦٦ — الالتزام بالرقابة : لا تتحقق المسئولية إلا إذا قام التزام بالرقابة. ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص. مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفى إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولا عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانونى أو اتفاقى بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذى ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة

وعلة هذا الالتزام كما جاء فى النص ، حاجة الشخص الموضوع فى رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية ، وإما بسبب حالته الجسمية . فالقاصر فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . والمجنون والمعتوه وذو الغفلة فى حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية . والأعمى والمقعد والمشلول فى حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم ، كالقاصر والمجنون والمعتوه وذى الغفلة يضعهم القانون فى رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والممرض يتفق

معهما على تولي رقابة المرضى(١).

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجان على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسي على أعضاء حزبه (٢) ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

٦٦٧ — الحالات التي يقوم فيها الالتزام بالرقابة: لم يحصر القانون الحالات التي يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً. والرقابة في الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه. إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فنستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ

(١) القاصر : اظهر حالات الرقابة هي كما قدمنا حالة القاصر . وقد عني المشرع بها فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : « ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يفصل نص المشروع ما ورد من النصوص في التقنين المصري الحالي من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولا فكرة الرقابة تحديداً بيناً . ويراعى أن نصوص التقنين الحالي ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسي ، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص في بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها في صياغة هذه الفكرة قد بالغت في الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقي الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقدر القاضي تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لا تزال قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والرقيب أو الممرض على رقابة من نيطت به رقابتهم من المجانين أو الزمنى ، ما بقي هؤلاء الأشخاص جميعاً في حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمانية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هي التي تلقي عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصي على حسب الأحوال . وقد يفرض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن في المدارس » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسي لا يعتبر مسئولا لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونية سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٥٩) .

فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة — وهى سن بلوغ الحلم فى الشريعة الإسلامية — يعتبر فى حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن فى كنف من يقوم بتربيته . والذين يقومون بتربيته هم أولا الأب إذا وجد ، فهو الولى الشرعى على النفس . وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولى النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنتقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمنى ، من ولى النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرر فوق ذلك من قيود التربية ، ولم يعد يعيش فى كنف أحد ، وأصبح يكسب عيشه بنفسه ، فلا يكون أحد مسئولا عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقى يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة — وعبء الإثبات هنا على مدعى المسئولية — فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه ، قانونا إن كان ولى النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولا عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ، أو إلى أن ينفصل فى معيشة مستقلة فلا يعود يعيش فى كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال فى المعيشة هنا لا يعنى حتما الاستقلال فى المسكن ، فقد يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكنه مستقل عنه فى المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولا عنه ، وقد لا يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولا(١) .

---

(١) وكان القانون المدنى القديم ، كما رأينا ، غير صريح فى بيان الأحوال والشروط التى يعتبر فيها الأب متولياً الرقابة على ابنه . ومن ثم اضطربت أحكام القضاء فى ذلك .

فهناك من الأحكام ماساير القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) ، فجعل الأب متولياً الرقابة على ابنه ما دام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقيماً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن الأب يبقى مسئولا مدنياً عن الأضرار التى تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتحقيق هذه المسئولية إلا إقامة القاصر مع أبيه (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ ص ٩٩٠ — أنظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية فى ٧ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٥١) — وقضت كذلك بأن رعاية الأب تقوم على ابنه بتحقق أمرين أساسيين : أولهما إذا كان الابن متضامنا مع والده ،=

ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون فى رقابة أحد هو المسئول عنه ، ويكون الأب ، فإن لم يوجد فولى النفس ، إلا إذا

= والثانى إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأنه لما كان منشأ مسئولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتكون هذه المسئولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسى هذه المسئولية فى المادة ١٣٨٤ بقيدين ، الأول إقامة الوالد مع ابنه ، وثانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب فى هذه الأحوال ، وبالتالى فلا مسئولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بألا مسئولية على الأب عن أعمال ابنه الذى بلغ سن الرشد (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣) .

وهناك أحكام ربطت تولى الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهى خمس عشرة سنة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) إذ نصت فى الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تعويض الضرر الناشىء للغير « عن إهمال من هم تحت رعايته » ... قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التى قررتها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإضرار بالغير . وإذا كانت السن إحدى موجبات الحفظ ، فأتى المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقتضى وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة فى القانون للولاية على المال ، فإن الحفظ (garde) الذى هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله ، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ، ولا سلطة فيما يختص بشخصه . وإذن ففى دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا . فالحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم على ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الذى تنتهى به ولاية أبيه على نفسه ، يكون قد أصاب ولم يخطىء (نقض جنائى فى ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٠ ص ٣٢٦) . وقضت فى حكم آخر بأن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، وإذ قال إن الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ ، لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس ، وينتهى بانتهائها ، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (نقض جنائى فى ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٣٢٦ فى الهامش ، القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ قضائية — وانظر أيضاً : نقض جنائى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم ٢ — ٢٧ — ٢٠ =

انتقلت الرقابة اتفاقاً إلى الأم (١) أو إلى غيرها . وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة ، فإن ظل يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بقى هذا مسئولا عنه ، إلى أن ينفصل الولد فى معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد .

والولد وهو فى كنف القائم على تربيته يكون فى مرحلة التعليم . فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه — وقت وجوده بالمدرسة فقط — إلى معلم

= وانظر تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ — ص ١٦١ . وتعليقاً له آخر فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العددين الأول والثانى) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأى الصاحبين فى الولاية على النفس ، ويكون مسئولا وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتى لا علاقة لها بأمواله ، فيسأل عن عدم احتياطه وإهماله ، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مسئول عن جرائمه كما تقضى بذلك المادة ٦٦ عقوبات . وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسئولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانونى ، أى سن الحادية والعشرين (١١ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٩/٢ ص ٤٢٠ — أنظر أيضاً : محكمة السيدة زينب فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦/٢ ص ٥٩ — محكمة دكرنس فى ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨) .

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه القانون المدنى الجديد ، إذ قضت محكمة العطارين بأن مسئولية الأب عن ابنه لا تفترض بعد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين ، وإنما يحتفظ القاضى بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ١٣٧/٢ ص ٢٩٩) . ويقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور فى صلب حكم محكمة النقض الجنائية فى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ — ٢٧ — ٢١ .

ويرى الدكتور سليمان مرقس أن القانون المدنى القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسئولية الأب المفترضة عن ابنه ، وقد تقوم هذه المسئولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفى كنفه (أنظر تعليقه المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ — ص ١٤٩ . وانظر تعليقاً آخر له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٨ — ص ٣٤٤) .

(١) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال فى سن الحضانة ، فتى انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده . وقد قضت محكمة بورسعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المسئول عن أفعال ولده عند ما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات) ، لأن الأب هو وحده الذى يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧) .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم القاصر مسئولة عنه ولو لم تكن هى الوصية عليه (٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١٩/٢ ص ٣٣٢) .

الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة ما دام فى المدرسة (١) . وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة ، كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولية المتبوع عن التابع (٢) . وإن أخذ الولد يتعلم حرفة ، انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمرين على الحرفة . فالتمرين الفعلى يستخلص منه عقد ضمنى ، وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضى الموضوع . ومتى فرغ الولد فى يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه (٣) . ونرى من ذلك أن الولد ما دام

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا خطأ إذا نفى الحكم تقصير الوالد فى ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التى وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده فى المدرسة بمنأى عن والده الذى يقيم فى بلد آخر وفى رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩٤/١ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولية الوالد عن أفعال ابنه المضرة بالغير ترتفع عنه متى كان ابنه بعيداً عن رقابته . مشمولا برعاية المدرسة التى تتولى أمر تعليمه ، فالاعتداء الذى يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الوالد مسئولا بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هى المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . ولا يكون الأب مسئولا ما دام ابنه بعيداً عن رقابته مشمولا برعاية المدرسة ، حتى لو كان الاعتداء الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه الذى انتقلت إليه الرقابة .

ومع ذلك قد تتحقق مسئولية الأب عن خطأ يرتكبه الابن وهو فى المدرسة ، إذا كان خطأ الابن مسبوقاً بخطأ ثابت فى جانب الأب . وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن القاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلى ، إلا أن مسئولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذى ارتكبه الابن كان مسبوقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته ، كما لو عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية ، واشترى له مسدساً ، وسمح له بحمله داخل المدرسة ، وتقوم مسئولية الأب بجانب مسئولية مدير المدرسة التى ترتبت على عدم رقابة حمل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩) .

(٢) أنظر فى مسئولية المدرسين المفترضة ومسئولية الدولة التى تحل محلها فى القانون الفرنسى ، ثم فى قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذى جعل مسئولية المدرس فى فرنسا تقوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مدرسيها فى المسئولية فى بعض الحالات ، الى مازو ١ فقرة ٧٨٤ — فقرة ٨٥١ — ٥١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفى وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلميه (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ — الحقوق ٣٢ ص ٢) .

فى مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة ، وتنتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه .

وقد يكون القاصر بنتاً تتزوج قبل بلوغها سن الرشد ، فتنتقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذى يكون مسئولا عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة ، لقصره أو لأى سبب آخر ، فإن متولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة ، ويكون مسئولا عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد ، ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

(٢) البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال فى دور التعليم ، وحتى لو بقى يعيش فى كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولا عنه ، لا فى البيت ولا فى المدرسة ولا فى الحرفة . ذلك أنه ببلوغه سن الرشد أصبح فى غير حاجة إلى الرقابة ، والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولى الرقابة على زوجها ، متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح فى غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلا كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو بعته أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة فى هذه الحالة ولى النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء[1] .

كذلك لو أصيب البالغ سن الرشد بمرض أعجزه ، وجعله فى حاجة إلى

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرماً كان والده مؤاخذاً مدنياً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤١ ص ٧٥) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهى تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطيع أن يحد من سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ — هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هى مسئولية المتبوع عن تابعه ، وبخاصة إذا لم تكن الزوجة قاصراً) .

الرقابة نظراً لحالته الجسمية ، كأن كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية . من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولا عنه ما بقى فى رقابته .

§ ٢ — صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ — العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ، لا يقع عليه:
فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه — متولى الرقابة والخاضع للرقابة — وجب لتحقق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبى الحرفة أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه . أما إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبى تلميذاً بالأذى فى وقت يكون فيه التلميذ فى رقابة رئيس المدرسة. فلا يكون هذا الرئيس مسئولا عن خطأ الأجنبى إلا فى حدود القواعد العامة للمسئولية ، فيجب إذن إثبات خطأ فى جانب الرئيس حتى يكون مسئولا. كذلك لا يكون الرئيس مسئولا إلا على أساس خطأ يجب إثباته فى جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع فى هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه (١) .

---

(١) هذا ما لم يعتبر رئيس المدرسة مسئولا عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولا عما يلحقه التلميذ من الأذى بنفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبى . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولا عن سلامة التلاميذ بوجه خاص فى أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ ص ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية عقدية تترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هى يقع عبء إثبات عذرها ، بأن تثبت أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقصيراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ فى شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت =

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ فى جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة ، حتى تتحقق مسئولية هذا الشخص. وقد تتحقق مسئوليته فى بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ فى جانبه ، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة ، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومتولى الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا ما تحققت مسئولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض ، قامت إلى جانبها مسئولية متولى الرقابة . ونرى من ذلك أن المسئولية الثانية لا تجب المسئولية الأولى ، ولكن تقوم إلى جانبها .

٦٦٩ — حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز : وقد يكون الخاضع للرقابة غير مميز — صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً — فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز فى حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح فى هذه المسألة إذ يقول : « ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . والخطأ الذى وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعدى ، دون ركنه المعنوى أى ركن التمييز . ولذلك وصفه النص « بالعمل الضار » دون العمل غير المشروع أو الخطأ .

والذى يلفت النظر فى مسئولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها ، خلافاً للمسئولية عن أعمال المميز ، مسئولية أصلية لا تبعية . ذلك أن مسئولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هى مسئولية تبعية ، تقوم بقيام مسئولية الشخص

= إدارة المدرسة بنفى المسئولية لم تكن واضحة فى تعيين الأمر الذى يطلب من الإدارة إثباته . فقد ذكرت أن الإدارة تثبت أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى وأن تقصيراً لم يقع منهم . وهذا لا يكفى ، فالمسئولية عقدية ولا تنتفى إلا بإثبات السبب الأجنبى ، لا بمجرد نفى الخطأ ، والذى ينتفى بمجرد نفى الخطأ هو المسئولية عن الضرر الذى يقع من التلميذ لا الضرر الذى يقع عليه . ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة ، والقوة القاهرة سبب أجنبى تنتفى به المسئولية العقدية . ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه ، لولا التضارب الذى ورد فى عباراتها (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٦) .

الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة إن مسئوليته قد تحققت فتتحقق تبعاً لها مسئولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولى الرقابة هنا هى مسئولية أصلية قامت مستقلة، وأساسها خطأ مفترض فى جانب المسئول. ولا تستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولا إلا مسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢)(١) .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة

٦٧٠ — مسائل أربع : متى تحققت مسئولية متولى الرقابة على النحو الذى قدمناه ، قامت مسئوليته على أساس خطأ مفترض(٢) . والافتراض

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وينص المشروع على أن مسئولية الشخص عما يقع ممن نيطت به رقابتهم تظل قائمة ، ولو كان محدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم المتبع فى ظل التقنين الحالى . بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون فى عدم تمييز الفاعل الأصلى ، وارتفاع مسئوليته تفريعاً على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية المكلف بالرقابة فى هذه الحالة ليست من قبيل المسئوليات التبعية ، بل هى مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهى بهذه المثابة مسئولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذى تقع على عاتقه مسئولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعية عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريق الإصالة مسئولية ذاتية أو شخصية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولا عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التعدى ، دون الركن المعنوى وهو التمييز . فالعمل المشروع الذى يصدر من عديم التمييز لا يوجب مساءلة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بتعد . وإنما تقوم مسئولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عديم التمييز يعتبر خطأ لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يستوفى العمل الصادر من عديم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المعنوى (أنظر فى هذا المعنى تعليقاً للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ — ص ٣٣٨) .

(٢) ومع ذلك فقد كان القانون المدنى القديم أقل وضوحا فى إقامة المسئولية على خطأ مفترض . ومن ثم قضت بعض الأحكام فى عهد هذا القانون بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على —

هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسئولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسئولية بنفى علاقة السببية ، بأن يثبت السبب الأجنبى . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسئوليته ، ولكن هذه المسئولية كما رأينا لا تجب مسئولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعا : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينفى هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينفى علاقة السببية (٤)أثر قيام المسئوليتين فى وقت واحد : مسئولية متولى الرقابةومسئولية الخاضع للرقابة

٦٧١ — ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ

المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلا عملا غير مشروع ، افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته، فكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد ، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته،فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع(١).

ونرى من ذلك أن القاصر مثلا إذا ارتكب عملا غير مشروع ، وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه ، فالمفروض أن الأب إما

= خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان ابنه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٨). فإذا ترك الأب السيارة لابنه الصغير بالرغم من أن هذا لا يتقن فن قيادة السيارات ، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣).
أما القانون المدنى الجديد فهو قاطع فى التصريح بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض .

(١) أنظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٦٧ . ويتبين من ذلك أن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه ، فهى ليست مسئولية عن الغير كمسئولية المتبوع عن التابع ، بل هى مسئولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلا .

أن يكون قد قصر فى رقابة ولده ، أو أنه أساء تربيته ، أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر فى الرقابة وأساء التربية .

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضرور ، فهو افتراض قرره القانون لصالح المضرور تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز لا للمضرور ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ فى جانبه(١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسئولية القائمة على خطأ مفترض والمسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضرور ألا يعتمد على الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة ، ويتقدم هو لإثبات خطأ فى جانبه ، فيمنعه بذلك من نفى الخطأ المفترض . كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسئولية ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا عمل قاصر فى خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسئوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ فى كل منهما مفترض : مسئولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسئولية المخدوم الذى يعمل القاصر فى خدمته وتقوم فى بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سنرى . ويجوز للمضرور أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخدوم بكل التعويض ، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضرور .

٦٧٢ — **كيف ينفى متولى الرقابة الخطأ المفترض** : رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتى : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة — وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً فى جانبه —

---

(١) وهذا ما لم يقم فى جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لو كان يسوق السيارة فدهس أحد المارة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

أن ينفي هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيطت به رقابته من الإضرار بالغير . فإن فعل ذلك ، انتفى الخطأ المفترض في جانبه ، وارتفعت عنه المسئولية (١).

على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية ، وبخاصة إذا كان متولي الرقابة أبا أو أما . ويبنى على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة ، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً في جانبه . ولا يلزم المضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية ، بل الأب هو الذي يثبت أنه لم يسيء تربية ولده (٢) . وجملة القول إن متولي الرقابة عليه أن أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذي صدر ممن هو في رقابته ، وأنه بوجه عام لم يسيء تربيته .

٦٧٣ — كيف ينفي متولي الرقابة علاقة السببية : وليس الخطأ في جانب متولي الرقابة هو وحده المفترض ، بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذي صدر ممن هو تحت الرقابة. ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ ، لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدي . فإن المضرور إذا أعفي من إثبات الخطأ في جانب متولي الرقابة ، ثم طولب بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع

---

(١) ومما يتنافى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يغيب الأبوان ويتركا ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له في أن يمارس ألعابا خطرة ، أو أن يتركاه يقود دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ — فقرة ٧٧٧) .

(٢) وقد قضت محكمة أسيوط الكلية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي أباحت للآباء درء المسئولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحادث الذي سبب الضرر . ومن المتفق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسئولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق الحادثة ولولاه لما وقعت ، كسوء التربية والتغاضي عن هفوات الأبناء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدني المصري (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي التي ذكرت تفصيلا شروط مسئولية الآباء عن أفعال أبنائهم . على أنه ما دام أن مبنى المسئولية هو واجب التربية والمراقبة ، فلا محل لمسئوليتهم متى تبين أنهم قاموا بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) .

الذى وقع ممن قامت عليه الرقابة ، لاضطر وهو فى صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً . إذ تقضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت فى الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ ، ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته ، فسلبناه باليسار ما أعطيناه باليمين (١) .

فعلاقة السببية إذن مفترضة ، لا يكلف المضرور بإثباتها ، ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ فى عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع « أن يتخلص من المسئولية إذا هو وأثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض فى جانبه. فوقوعه، بالنسبة إلى متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة (٢) ، كان بسبب أجنبى ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجىء أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض فى جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنعه ؛ فلم يكن الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو السبب فى حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه (٣).

---

(١) أنظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٦٩ .

(٢) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبي بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسئولية هذا لا تتحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسئولية متولى الرقابة .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسئولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى (القديم) سبباً معفياً من المسئولية المدنية ما دام لم ينص عليها فيه ، فذلك لا يعبأ به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى نص خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادىء القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ . والقول بحصول الحادث مفاجأة =

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسئولية بأحد امرين ، إما بأن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه فينعدم ركن الخطأ ، وإما بأن يثبت السبب الأجنبى على النحو الذى قدمناه فينعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولا عن العمل غير المشروع

= معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (نقض فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولية المربى ترتفع إذا حصل الحادث فجأة ، وإنما يشترط فى ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناتجة عن إهمال (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب لاعتبار مسئولية الأب عن فعل ابنه الذى هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة الزقازيق الكلية بألا مسئولية إلا إذا كان هناك إهمال أو تقصير فى الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مباشر بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التعويض . فإذا كان الحادث ليس متوقعاً ولا ممكناً تلافيه ولا التكهن بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مباغتة والمراقبة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث ، فلا تكون هناك مسئولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠) .

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت المضرور خطأ فى جانب متولى الرقابة ، استغنى بذلك عن المسئولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة فى المسئولية ، ولا يجدى متولى الرقابة فى هذه الحالة أن يتمسك بأن الحادث الذى هو محل المساءلة كان نتيجة ظرف فجائى . وقد قصدت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة التى هى محل المساءلة كانت نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسئولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة المفروضة عليه . ومن الخطأ تخلى المعلم عن هذه المراقبة وعهده بها إلى تلميذ عمره سبع سنوات (نقض مدنى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٣٤) . وعبارة الحكم غير دقيقة ، والمقصود أنه لا يجوز التمسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجىء إذا أثبت المضرور تقصيراً فى جانب متولى الرقابة . وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تميظ هذا منه ، وقذفه بسن ريشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ ثابتاً فى جانب المعلم ، إذ عهد لتلميذ فى هذه السن بالمراقبة ، فلا يجدى المعلم أن يتمسك بأن الحادث مفاجىء ما دام قد ثبت خطأ فى جانبه (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العددين الأول والثانى) .

الفنى صدر منه ، وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية(١).

٦٧٤ — قيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية متولى الرقابة: وغنى عن البيان أن قيام مسئولية متولى الرقابة على النحو الذى بيناه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسئولية الشخص الخاضع للرقابة ، وهو الشخص الذى صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال ، فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ (٢). والذى تجب مراعاته هو ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد ، بل يستوفى تعويضاً واحداً ، إما من متولى الرقابة ، وإما ممن ارتكب الخطأ ، وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملىء . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قدمنا ، وفى هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشىء على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذى أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثانى . أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسئوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من نيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين : فإما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجبه عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغى أن يتحمل تبعته ، وفى هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنقض بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفى كلتا الحالتين ترتفع عنه المسئولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . وبديهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسئوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٠٨) .

(٢) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفعل ذلك فى محكمة أول درجة ، ثم يقتصر فى الاستئناف على أحدهما فلا يختصم إلا متولى الرقابة مثلا (استئناف مختلط فى ٢٥ يناير سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٥٥) .

لهذا أن يرجع على من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً رجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه . ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ الأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشيء . لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ . ولا تترتب فى ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بيناها فيما تقدم . ويعتبر متولى الرقابة فى هذه الحالة هو المسئول الأصلى . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد . إذ تنص على ما يأتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » (١) والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالقدر الذى يكون فيه هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه المادة ١٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فى الحدود » بكلمة « بالقدر » ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره ، انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما ، أولهما محدث الضرر ويسأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع) ويسأل على أساس الخطأ المفروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاماً مبتدأ دون أن يكونا متضامنين فى أدائه (المؤلف : الصحيح أنهما متضامنان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصلى والآخر مدين تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب ، وقفت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاء المدين الأصلى بالدين يبرئ مسئولية المدين التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطى ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدين بأداء التعويض ، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدى إليه ما احتمل من التعويض من جراء هذا الفعل ، ويماثل هذا الوضع مركز المدين الأصلى من الكفيل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز فى محدث الضرر ، كما فرض هنا فى الصورة المتقدمة . فإذا فرض على النقيض من ذلك أن محدث الضرر غير أهل للمساءلة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون فى هذه الحالة مديناً أصلياً ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢).

وسنرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز ، ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هى حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص .

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن التابع (*)

(Responsabilité du commettant du fait de son préposé)

٦٧٥ — النصوص القانونية : كان القانون المدنى القديم ينص فى المادتين ٢١٤/١٥٢ على ما يأتى :

« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشىء عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم » .

وكان هذا النص يعيبه أنه لم يحدد علاقة التبعية ، وأنه يضيق عن أن ينتظم جميع أعمال التابع التى يكون المتبوع مسئولا عنها .

فجاء القانون المدنى الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٤ على ما يأتى :

« ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

« ٢ — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى

(*) بعض المراجع : زنجير (Zinghor) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — فان دن درايشه (Van den Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — الدكتور حلمى بهجت بدوى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — رادبغرنسكو (Raduvernesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ — برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٠ — فقرة ٣٥٢ — مصطفى مرعى بك فقرة ١٩٣ — فقرة ٢٣٤ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٠٤ — فقرة ٥٠٩ — الدكتور سليمان مرقس فقرة ٨٨ — فقرة ١٠٠ .

كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه (١)» .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد تجنب العيبين اللذين أشرنا إليهما فى القانون القديم . فوسع من دائرة الأعمال التى يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التى تقع من التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها ، وفى هذا لم يفعل القانون الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصرى فى هذه المسألة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع فى ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ — تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه ، ما دامت له سلطة فعلية فى الرقابة عليه وفى توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ — ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسئولية إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر» .

وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : «١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخلا فى أعمال الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة هى التى هيأت التابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ — ويستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسئولية إذا أثبت أنه لم يكن فى مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر» . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز . (المؤلف : سنرى أن المتبوع يكون مسئولا حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : «يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها» ، وقد آثرت اللجنة أن تنسج على منوال القانون القديم فى التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج فى تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم . وحذفت من الفقرة الثانية عبارة «وكان يملك أمر فصله» لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازما من عناصر رابطة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن فى المجندين تجنيداً إجباريا أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس . وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٢ — ص ٤٢٠) .

ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه ، ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار ، وهذا أيضاً ما كان القضاء المصرى يجرى عليه ، ولم يزد القانون الجديد على أن سجله .

فنصوص القانون الجديد فى هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص القانون القديم ، لم تستحدث جديداً ، بل اقتصرت على تسجيل الأحكام التى أقرها القضاء المصرى .

ونبحث هنا ، كما بحثنا فى مسئولية متولى الرقابة ، أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية المتبوع

٦٧٦ — شرطاه : تتحقق المسئولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

§ ١ — علاقة التبعية

(lien de préposition)

٦٧٧ — عنصراه : تقوم علاقة التبعية فى كثير من الحالات على عقد الخدمة . ولكنها لا تقتضى حتما وجود هذا العقد ، بل هى لا تقتضى أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم ، أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن ، فى قيام علاقة التبعية ، أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلا بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدنى الجديد ما هو المقصود بعلاقة التبعية ، إذ نصت على ما يأتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم

يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيه ». فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه التى تثبت للمتبوع على التابع (١).

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلة (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

٦٧٨ — عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية . فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية .

ليس من الضرورى أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدمنا أن علاقة التبعية لا تقتضى حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد . بل هو موجود فى كثير من الأحوال ، ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهى والسائق والمستخدم والموظف . كل

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يضيف حق الفصل . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : «فيراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديداً بيناً . فليس فى طبيعة الأشياء ما يحتم قيام هـذه العلاقة على حرية المتبوع فى اختيار تابعه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تستتبع عند الاقتضاء من إعمال حق الفصل» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . وقد رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن فى المجندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين عن كل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض فى عهد القانون القديم ، فى بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن ضمان السيد قانوناً يقوم على مظنة خطئه فى اختيـار خادمه وفى مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية الخفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيينهم ، وهى التى تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (نقض فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذى أخذ به القانون الجديد ، فقضت بأن مسئولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هى فى الواقع تقوم على علاقة التبعية التى تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسيره كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١) .

هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية ، حتى فى هذه الأحوال ، لا تقوم على عقد العمل . فلو أن هذا العقد كان باطلا ، لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضرورى أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ فى الاختيار (culpa in eligendo) . ولكنهما نبذا هذا الرأى تدرجاً . فأجازا أولا أن يكون الاختيار مقيداً ، أى محصوراً فى أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم . كما إذا كان الاختيار موكولا إلى مسابقة يشترط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع ، كالسفينة تدخل فى الميناء فيقودها «مرشد» لا تملك أن تختار سواه ، وكمجلس بلدى يقوم بالعمل عنده موظفون تعينهم الحكومة فلا يد له فى اختيارهم . وكما أنه ليس من الضرورى أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه ، كذلك ليس من الضرورى أن يملك أمر فصله. وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين عينتهم الحكومة ، فالمجلس لم يخترهم ولا يملك أمر فصلهم ، بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم ، ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة .

وليس من الضرورى أن تكون السلطة شرعية ، بل يكفى أن تكون سلطة فعلية. فقد لا يكون للمتبوع الحق فى هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلا. ولكنه ما دام يستعملها فعلا ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف فى قيام علاقة التبعية (١).

٦٧٩ — عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه(٢). فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة فى أن يصدر

(١) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتابعه من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٤ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ .

لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً (١) ، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر (٢).

ولا يكفي أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه. فالأب له الرقابة على ولده. ومعلم الحرفة يوجه صبيه ، ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبي تابعاً لمعلم الحرفة . بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع (٣) . وهذا ما يميز المتبوع عن

---

(١) ومن ثم يكون الجندي في الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ٦٥٢).

(٢) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً لقاء خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مسئولا عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بإهمال من البواب (استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٤٩ — وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠ — وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٩ — وفي ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ — وفي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١) . ولا ترتفع مسئولية صاحب العمارة حتى لو اشترط في عقد الإيجار إعفاءه من المسئولية عن أعمال البواب ، فالمسئولية التقصيرية لا يجوز اشتراط الإعفاء منها (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٦٨ — وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٨٥) .

والحمال يكون تابعاً لصاحب الأمتعة التي يحملها فيكون هذا مسئولا عنه (استئناف مختلط في ١٢ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٤) . ومصلحة السكك الحديدية تكون مسئولة عن الحمال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحمال يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مختلط في ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢) . فإذا لم يكن الحمال تابعاً للمصلحة وتسبب في الإضرار براكب ، فإن المصلحة تكون مسئولة عن خطئها الشخصي في أنها لم تتخذ التدابير الكافية لوقاية الركاب ، وتكون متضامنة مع الحمال في المسئولية (استئناف مختلط في ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢) .

(٣) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، مادام هذا يعمل لحسابه . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المتبوع يكون مسئولا عن عماله الأصغرين الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن التعيين بمعرفتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لتسببه بإهماله في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة ، فالمتبوع يسأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذي أقام الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذي عين الممرض ومن في حكمه أم كان المتبوع هو الذي عين الجميع مباشرة (١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٣ ص ٤٣٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه محله ، كان المتبوع مسئولا عن ابن تابعه إذا كان إحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) .

=

الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب له الرقابة على ولده ولكن فى غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لهما الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال فى عمل معين ، ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل ليتدربوا على العمل ؛ والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل ، فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل(١) .

وتتراخى علاقة التبعية بتراخى الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية فى الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون فى مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى .وأعضاء

= بل قد يكون التابع غير معين، ويبقى المتبوع مسئولا عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد ، ويكون شأن المتبوع معه فى ذلك شأنه مع التابع المعسر . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يكفى فى مساءلة المخدوم مدنيا أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فما دام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين (الكمسارى أو السائق) اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنيا تكون متعينة لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم ، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين المخطىء منهما . وليس فى إلزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث ، أما مسئوليتها فمؤسسة على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معاً فى السيارة . ولا يشترط لمساءلة المخدوم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلا فى الدعوى التى تقام على المخدوم ، فالتنازل عن مخاصمة ورثة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدوم ، إذ هذا التنازل ليس فيه ما يفيد عدم مسئولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسئولية المخدوم (نقض جنائى فى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٣٧ ص ٣٧٢ . وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى — وقد أشار المعلق فى تعليقه إلى حكم آخر صادر فى هذا المعنى من محكمة الاستئناف فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ ، وفيه اعتبرت الحكومة مسئولة عن استبدال قطن من رتبة أدنى بقطن من رتبة أعلى ما دام من المقطوع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما فى المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الخفراء ، فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة ، إذ أن مسئولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسئوليته عن ولده باعتباره تحت رقابته ، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنفى الخطأ ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذى قدمناه .

الجمعية لايعتبرون تابعين لها . والشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة(١). والمقاول إذا كان مستقلا لا يعتبر تابعاً لرب العمل ، وهذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاولة (٢) . وإذا أعار شخص سيارته لصديق وترك له زمامها فلا يعتبر

---

(١) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مختلط فى ١١ يونيةسنة١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ — وفى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٩) . والملتزم ببيع منتجات شركة فى جهة معينة يعتبر سائقه تابعاً لهذه الشركة إذا كان الملتزم ممثلا للشركة (استئناف مختلط فى ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٠) .

وتعتبر الممرضة تابعة للطبيب الذى تعمل فى خدمته (استئناف مختلط فى ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ص ٨٠) — ولا يعتبر الوصى تابعاً للقاصر (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعاً إلا إذا كان الناظر معيناً من قبل المستحقين ، أما إذا عينته وزارة الأوقاف أو القاضى فلا (استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ص ٨٣ — وفى ١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا يكون متبوعا لأنه ليس بشخص اعتبارى (استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٠) ، ولأن الوقف لا يلتزم فى غير حالة المرض إلا بدين أجازه القاضى ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما فيه صالح الوقف (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٨٢ — وفى ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذى لا يعطى المستحقين استحقاقهم فى الوقف لا يجعل الوقف مسئولا عنه (١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٦٦) . ويرى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الوقف يسأل عن الخطأ الذى يقع من الناظر فى أثناء عمله المنوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر فى أثناء هذا العمل خطأ ضاراً بالغير كان للمضرور أن يرجع على الوقف متضامناً مع الناظر وللوقف أن يرجع على الناظر بما يدفعه عنه (المسئولية المدنية فقرة ٢٠٩ — ٢١١). ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص معنوى ، إلا أننا نؤثر ألا يلتزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو فعلية ، إلا فى الحدود التى رسمها الفقه الإسلامى، فإن الوقف نظام من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو فى غير ما تدعو له الضرورة .

والحارس على الأشياء المحجوزة يعتبر تابعاً للحاجز إذا كان هو الذى اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٦٨ ص ٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر (محكمة مصر الوطنية فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٤ ص ٢٥١ — استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥ — وفى ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلا لا تحت رقابة صاحب العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة

الصديق تابعاً لصديقه ، ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف

١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ — وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٦ — وفى ٢٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٦٤ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفى ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٠ — وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) .

وهناك أحكام قضت بأن المقاول يعتبر تابعاً لصاحب العمل متى كان يتبعه اقتصادياً ولو كان مستقلا عنه فى العمل ، كذلك أخار يعتبر تابعاً لصاحب العمل أو للمقاول الأصلى (استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠). ولا تعتبر الحكومة متبوعة للمقاول ولا تكون مسئولة عن خطئه إذا لم تحتفظ إلا بحق الإشراف العام عليه دون أن يكون لها حق التوجيه والإدارة (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠) ، وكانت الأحكام القديمة تقضى بقيام علاقة التبعية فى هذه الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٤١ ص ١٠٦١ — استئناف مختلط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٦٢ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم علاقة التبعية والإشراف المصحوب بالتوجيه والإدارة فتقوم هذه العلاقة (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ — وفى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٢ — وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩ — وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة عن المقاول على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولة ، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذى وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعلياً فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن مالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) .

ومتى ثبت أن المقاول ليس تابعاً لرب العمل ، فلا يكون هذا مسئولا عنه إلا إذا ارتكب خطأ شخصياً بأن عهد بالعمل إلى مقاول لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للعمل الفنى الذى عهد به إليه ، فيكون صاحب العمل مسئولا عن خطئه الشخصى لا عن خطأ المقاول (استئناف مختلط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ — وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) . ولا يكون المقاول الأصلى مسئولا عن تابع المقاول من الباطن (استئناف مختلط فى ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٨ : ولكن إذا ارتكب المقاول الأصلى خطأ شخصياً كان مسئولا عنه) .

عليه فى قيادتها اعتبر الولد تابعاً لأبيه (١) . وإذا استأجر صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعاً له (٢) . أما إذا استأجر شخص سيارة بالأجرة (تاكسى) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه (٣) . أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه فى العمل الذى عهد به إليه (٤) .

وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً فى عمل مشترك لهم ، كانوا كلهم متبوعين

---

(١) استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٥ :— وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية القيادة ، فلا يعتبر أى منهما تابعاً لأبيه (استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣ — وفى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضى مصلحة للأب بل يقضى مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولا عن حادث سيارة ، ولو اشتريت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذى وقع بخطئه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الابنة تقيم مع والديها وليس لها مال ظاهر يسمح بشرائها السيارة (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٢) استئناف مختلط فى ٨ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٠ — وفى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٤٩ — وصاحب «الجراج» مسئول عن أخطاء السائق الذى يستخدمه (استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٣) ، حتى لو ذهب هذا وساق سيارة لعميل ليحضرها إلى الجراج (استئناف مختلط فى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمه للنقل إذا كان مستقلا فى عمله (استئناف مختلط فى ١٢ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) . ولكن مالك سيارة الأجرة (التاكسى) يكون مسئولا عن السائق (استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التى يباشرها الوكيل ولو بغير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن الغش الذى وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . وقضت كذلك بأن المالك مسئول عن الخطأ الذى يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٠) . وانظر فى مسئولية الموكل عن وكيله الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٠٤ — فقرة ٢٠٨ .

لمستخدمهم ، وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين ، كالخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة فى أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر . وتكون فى هذه الحالة تابعة للمخدوم الذى تقوم بشؤون منزله فى الوقت الذى تؤدى فيه هذا العمل (١) . وقد يعير المتبوع تابعه لشخص آخر ، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيهه بقى متبوعاً ، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع . مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق ، فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له (٢) . ويظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه .

وليس من الضرورى أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه فى المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً (٣) وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٢) ويكون الصديق فى هذه الحالة متبوعا عرضياً (commettant occasionnel) : أنظر فى مسئولية المتبوع العرضى تعليقاً للدكتور سليمان مرقس على الحكم الصادر من محكمة النقض فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ — ص٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهى ، ولو لم يكن هو المالك للسيارة ، فإن الحكم بإلزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق فى هذه الحالة يكون صحيحاً (نقض جنائى فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المعطلة متبوعا عرضياً لسائق يربط السيارة المعطلة فى سيارته (استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلى يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر المقاول متبوعا لطبيب إذا نظم المقاول عيادة لعماله بالمجان واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائزاً على المؤهلات اللازمة (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) .

حتى من الناحية الإدارية . كأن يكون صغيراً أو غير مميز . فينوب عنه نائبه . من ولى أو وصى أو قيم ، فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه (١).

§ ٢ — خطأ التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها

٦٨٠ — أمراد : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه، فإن مسئولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير فى حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ : «يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها» .

فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأ يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٦٨١ — خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير : لا تقوم مسئولية المتبوع إلا إذا تحققت مسئولية التابع . فإن الأولى فرع عن الثانية (٢) .

وحتى تقوم مسئولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور . حتى فى رجوعه على المتبوع . أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز فى بعض الحالات أن تتحقق مسئولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً فى مدرسة أميرية . فتقوم مسئوليته عن تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا لم يثبت العكس كان مسئولا بمقتضى هذا الخطأ المفترض . وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يقود التابع سيارة

---

(١) وسنرى فيما يلى ، عند الكلام فى أساس مسئولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

(٢) محكمة استئناف أسيوط فى ٢ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٧ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتفاء المسئولية المدنية عن التابع ينفيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يجيز الحكم بالتعويض على متبوعه (نقض جنائى فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩) .

هو الحارس لها ، ويدهس أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة ، فإن مسئوليته تتحقق فى هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة ، وتتحقق معها مسئولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسئولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس أو غير قابل لذلك ، فإن مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع (١).

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر . وسنرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تابعاً لنفس المتبوع ، فيبقى المتبوع مسئولا أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسنرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسئولية ، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو فى خدمة متبوعه ، فسنرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢ — حال تأدية الوظيفة أو بسببها — القاعدة العامة : ويجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذى يربط مسئولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر فى الوقت ذاته هذه المسئولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسئولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسئولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستساغ مسئولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتصرت على الخطأ الذى يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، فى هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذى تبنى عليه مسئولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضماناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذى سنبسطه فيما بعد .

---

(١) وإذا كانت السيارة فى المثل الذى نحن بصدده فى حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فدفعها هذا إلى تابعه ، ودهس بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذى احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض ، فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ فى جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت فى جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسئولية التابع لم تتحقق .

والقاعدة هي أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction)، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (١) . بل يجب ، إذا لم يكن الخطأ قد وقع في عمل من أعمال الوظيفة ، أن تكون هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة . بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها (٢) . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر (٣) ، علم به أو لم يعلم (٤) . عارض فيه أو لم يعارض (٥) . ويستوى أخيراً أن يكون

(١) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك في كتابه « المسئولية المدنية في القانون المصرى فقرة ٢٢٠ — فقرة ٢٢٩) إلى أنه يكفى أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسئولية المتبوع عن تابعه — واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لا مبرر له في مسئولية المتبوع ، وأن محكمة النقض في الأقضية التي فصلت فيها كانت في غنى عن تقرير المبدأ على هذا النحو من السعة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (أنظر في هذا المعنى الدكتور سليمان مرقس في تعليقه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٦) .

(٢) ويفصل بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة — مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة في استعمالها واستغلالها — حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها حتى يبهم، وحتى تتداخل الفروض بعضها في بعض ، ويصعب التفريق بين فرض وفرض (أنظر المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى بك فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه الفروض ، ويأتى بأمثلة لكل فرض يصعب في بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد ، وبأن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقابته ، وهذا النوع من المسئولية لا يشترط فيه تحريض من السيد ولا صدور أى عمل إيجابى منه (نقض جنائى في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع تتحقق حتى لو كان غائباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائى في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه — قارن نقض جنائى في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) أن =

التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي (١). يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذى أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة (٢).

وإذا كان لا يكفى لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى ألا تتحقق هذه المساءلة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أية علاقة .

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ فى تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة. (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذى هيأت له الوظيفة). (٤) الخطأ الأجنبى عن الوظيفة .

والخطأ فى الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع ، ولا يحققها فى الحالتين الأخيرتين . ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

= يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله، فنى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته ، أو أن الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسئولية إنما هى مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدنى فى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم ارتكب الفعل رغماً من أوامر سيده (استئناف فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩/٣ ص ٧٣٧) ، وقضت أيضاً بأن مسئولية المتبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلا بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن إغفاله أوامر سيده (استئناف فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢١/٢ ص ٨٦٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة السيد ، فقد ترتبت مسئولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ (نقض جنائى فى ٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢ — قارن نقض جنائى فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١/٣ ص ٤ — محكمة مصر الوطنية فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٨١ ص ٨٢٩ — استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ — وفى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(٢) وضعنا الشرط الذى يجب توافره لتحقق مسئولية المتبوع فى هذه الصيغة عمداً ، إذ لا يكفى أن يقال — كما يقال عادة — إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لما فكر فى ارتكابه .

٦٨٣ — الخطأ فى تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذى يرتكبه التابع فتتحقق به مسئولية المتبوع ، يقع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . فسائق السيارة ، وهو تابع لصاحبها ، إذا دهس شخصاً فى الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة ، أى يؤدى عملا من أعمال وظيفته . فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولا عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة فى منزل مخدومه ، فيلقى خطأ فى الطريق جسما صلباً يؤذى أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . فيكون المخدوم مسئولا عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهم ، ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فتصيب مقتلا من المتهم ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه . والطبيب الذى يعمل لحساب مستشفى ، إذا أخطأ فى علاج مريض ، يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غيرها(١) .

وقد قدمنا أنه يستوى أن يكون الخطأ فى تأدية الوظيفة قد وقع بناء على

---

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذى يطلق فى رعونة عياراً ناريا فى أثناء حراسته ليلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائى فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩ ص ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذا تركها وبها مفتاح الحركة فى عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فعبث هذا التابع الذى يجهل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى وأصابت المجنى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يعبث بها ، ويكون المخدوم مسئولا عن ذلك (نقض جنائى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المرض الذى يعمل فى خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلا من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر فى ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ ص ٦٧) . وقضت أيضاً بأن المحضر الذى يبطىء فى إعلان صحيفة الاستئناف ، ويترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البواب ، إذا تهاون فمكن لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولا عنه (استئناف مختلط فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠) .

أمر من المخدوم . أو بغير أمر منه ولكن بعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضة . أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدوم . والخطأ فى جميع هذه الأحوال هو . كما عرفناه ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد .

٦٨٤ — الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن الوظيفة تكون هى السبب فى ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولا عنه فى هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هى السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفى القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التى نحن بصددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد فى هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة نقتطفها من أحكام القضاء المصرى ، لنستخلص المعيار الذى يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفير امرأة متزوجة ، فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفير ، وقالت : «إذا كان الخطأ الذى وقع من المتهم ، وضر به المدعى بالحق المدنى ، إنما وقع منه بوصفه خفيراً وفى الليل وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التى استخدمته ، وأنه إنما تذرع بوظيفته فى التضليل بالمجنى عليه حتى طاوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هى التى سهلت له ارتكاب جريمته ، فمسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذى تسبب فيه المتهم باعتباره خفيراً معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هى التى هيأت له ظروف ارتكابه (١) » .

---

(١) نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٥ رقم ١٩٦ ص ٣٦٩ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأ بدافع شخصى من انتقام أو حقد أو نحوها ، فالموظف وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر إليه خطؤه من الضرر بالغير ، فإذا ذهب الخفير مع العمدة لإبطال السواقى التى كانت =

(٢) ذهب صراف إلى المركز فى عمل من أعمال وظيفته . فكلف العمدة خفيرين بحراسته ، فانقض عليه الخفيران فى الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت فى أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما (١).

(٣) ذهب كونستابل فى مهمة رسمية ومعه مسدسه ، فزار فى الطريق بعض أقاربه ، وفى أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلا من صبى كان بجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل ، وقالت فى أسباب حكمها إن المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسئولية السيد عن الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسئولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأه للخادم أداؤه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذى وقع من الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التى هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر (٢) .

(٤) كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه

== تعذر رى الشراق ، وأبطل الساقية التى كان يديرها المجنى عليه ووالده ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخفراء عاد الخفير الأول وأصر على أن يعطل ساقية المجنى عليه ، فخلع الجازية وخلع الطين المثبت بها بواسطة فأس صغيرة ، ولما اعترضه المجنى عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً فى وفاته ، كان فى كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الخفير إنما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتقام لإرضاء لضغينة سابقة (نقض جنائى فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤ ص ٥ — وانظر نقداً لهذا الحكم فى كتاب المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى بك ص ٢٠١ — ص ٢٠٣)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ نوفبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٦ ص ١١٥.

(٢) نقض مدنى فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة جنايات أسيوط فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحاماة ٥ رقم ٣٢ ص ٣١) بأنه إذا انطلق عيار نارى من بندقية الخفير وهو بعيد عن دركه الرسمى ، لتغير عمل رسمى ، وكان الخفير يحمل البندقية سهواً فى غير الأحوال التى نصت عليها التعليمات ، فلا مسئولية على الحكومة .

بساقتين ليشترى بهما «البنزين» ، فأحضر الخادم عاملا فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه . فقضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم، وقالت فى أسباب حكمها : « السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته ، مادامت وظيفته هى التى هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية(١) » .

(٥) ترصد فراش لناظر مدرسته معتزماً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده. واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش، وقالت فى أسباب حكمها : « إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأديته وظيفته بالذات ، فنى هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها . فإذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التى يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف المجنى عليه منها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) . وتمكن منه فى هذه الفرصة واغتاله فى هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكى يفتح له — بصفته رئيساً — باب السيارة التى كانت فى انتظاره. فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذى وقع على المجنى عليه من خادمها المتهم(٢) » .

(٦) سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه(٣) .

---

(١) نقض جنائى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائى ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

(٢) نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ يولية سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . ويقرب من هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن إدارة السكك الحديدية =

(٧) ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة لتابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فعبث هذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة ، وأصابت شخصين فى الطريق . فاعتبرت محكمة النقض المخدوم مسئولا عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة (١) .

والمتأمل فى هذه الطائفة من الأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد ففى كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير فى المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تذرعه بوظيفته . والخفيران فى المثل الثانى ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكلفا بحراسته . والكونستابل فى المثل الثالث ما كان ليعبث بالمسدس لو لم يتسلمه بحكم الوظيفة . والخادم فى المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش فى المثل الخامس لم يكن ليستطيع اغتيال الناظر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً (٢) . وساعى البريد فى المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب لو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة فى المثل الأخير ما كان ليعبث بمفتاح الحركة فى السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذى يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة. ونعارض بهذا المعيار معيارين آخرين ،

= مسئولة عن خطأ « الكمسارى » ، الذى يستغل وظيفته فى تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نقض فرنسى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٧٣) .

(١) نقض جنائى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وذكرت محكمة النقض فى أسباب حكمها ما يأتى : « إن إصابة المجنى عليها قد تسببت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدى عملا لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو السائس لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة فى غفلة من المخدوم ، وصدم بها شخصاً فقتله ، فإن المخدوم لا يكون مسئولا عن فعله (نقض جنائى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٠ — وانظر نقداً لهذا الحكم للأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية ص ١٩٥ — ص ١٩٦) .

(٢) يضاف إلى هذا الاعتبار فى هذا المثل بالذات أن الفراش لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثانى الذى سننتقل إليه فيما يلى .

قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثانى .

أما معيار القضاء فهو هذا الذى تكرر فى الأسباب التى نقلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الخطأ وهيأت الفرصة لارتكابه (١) . وكانت المحكمة فى غنى عن هذا المعيار الذى يفيض عن الحاجة فيما يتسع له (٢) . فليس كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إتيان الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هى أكثر من ذلك ، إذ هى ضرورية لإمكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتى العمل الذى جعله مسئولا .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا فى أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ(٣) . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوى عليه من إبهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذى نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية فى ارتكابه .

فنحن إذن نؤثر المعيار الذى قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ(٤) . وهذا هو المعيار الأول فى الخطأ بسبب الوظيفة ، استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى المعيار الثانى ، نستخلصه من الأحكام التى تنتظمها الطائفة الثانية .

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إدارى جريمة تحط من كرامة أشخاص

---

(١) وقد دافع الأستاذ مصطفى مرعى بك عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (أنظر كتابه فى المسئولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٨ .

(٣) أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ١٠٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذى سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى .

(٤) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٦٨٢ فى الهامش) أنه لا يكفى القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، فهذه العبارة لا تفيد أكثر من قيام علاقة السببية المباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفهم منها حتما أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعاً بعامل شخصى ، بل لإرضاء الحكومة القائمة ، وابتغاء الزلفى عندها . فقضت محكمة جنايات المنصورة (١) بأن الحكومة تكون مسئولة عن هذا الموظف ، وأيدت محكمة النقض (٢) هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولا عن نتيجة الأعمال التى ارتكبها الخادم فى مصلحة سيده، ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريده السيد(٣) .

(٣) نسب إلى عمال أحد المقاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التى يعمل ناظر الزراعة فى خدمتها ، والتى وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتها ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذى قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر(٤) .

(٤) اتهم شخص بالسرقة ، فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته . فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت فى أسباب حكمها إن المجنى عليه كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا ماتعدى

---

(١) جنايات المنصورة فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٤ ص ٣٧٨ .

(٢) نقض جنائى فى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٧ .

(٣) نقض جنائى فى ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ . وقضت محكمة بنى سويف فى هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم العمدة على هذا الشخص الآخر ، كان العمدة مسئولا عن فعل خادمه (بنى سويف فى ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٩٤ ص ٢٩٢) .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ . أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧ .

هذا الأخير عليه بالضرب فى هذا الظرف ، كان هذا التعدى واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على المجنى عليه فى الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح فى فرض المسئولية على المخدوم عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص فى المراقبة . ويكفى لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة المخدوم (١) .

(٥) اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الشركة التى يعمل السائق فى خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق (٢) .

والمتأمل فى هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردها هى أيضاً إلى أصل واحد. ففى كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة. فالموظف الإدارى فى المثل الأول ما كان ليفكر فى الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة فى نفسه من الرغبة فى تملق الحكومة القائمة . والخادم فى المثل الثانى ما كان ليفكر فى ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة فى المثل الثالث ما كان ليفكر فى الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل فى خدمة

---

(١) نقض جنائى فى ٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩ ص ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولا عن عمل سائق عنده هتك عرض طفلة كان مكلفا بنقلها (محكمة السين الفرنسية فى ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ١٨٧٣ — ٣ — ٧) ، وعن سرقة عامل عنده لمتاع أحد الركاب (محكمة السين الفرنسية فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ — ٥ — ٧٥).

الدائرة التي قصد حمايتها . ووكيل شيخ الخفر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب المتهم لو لم يكن من رجال الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالمعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه ، لولا الوظيفة(١) .

٦٨٥ — الخطأ بمناسبة الوظيفة: ويتبين مما تقدم أن المتبوع لا يكون مسئولا إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها، وتذكر في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت

---

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرضه المتبوع على هذا الخطأ أو لم يحرضه ، وسواء علم المتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض. ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصي .

ويبقى أن نقرر أن مسئولية المتبوع تنتفي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن المضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته، فإن المضرور في هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولا ، كمستخدم في مصرف عومل على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه ، فلا يكون المصرف مسئولا عنه (نقض جنائي في ١١ نوفبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ١١٤ ص ٢٩٦) . فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يختلس السيارة من سيده لتنزه بها معا ، وارتكب السائق خطأ كان سببا في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن هذا الخطأ (الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ٩٦ ص ١١١ — أنظر أيضاً تعليقاً له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٠ — وانظر استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩١ — وفي ١٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٨) .

ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح ، واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب ، فإن الأحكام التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس الدقيق. ولقد كان القانون المدني الجديد موفقاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذي يحيط بهذه المسألة، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه (١).

ونأتي بأمثلة للخطأ الذي تهيىء الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ، لنتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

لو أن سائق السيارة ، بدلا من أن يعتدى على الراكب معه مما يجعل الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة فيما قدمناه ، كان يضمر الحقد لخصم له ، فقصد الانتقام منه ، وتعقبه في الطريق ، وانتهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الإضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أي نوع آخر من أنواع

---

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد قد جارى محكمة النقض فيما درجت عليه من توسع يجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . وكذلك فعل المشروع النهائي والمشروع الذي أقره مجلس النواب. ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموفق على النص ، فجعلت « المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها أنها آثرت « أن تنسج على منوال التقنين الحالي (القديم) في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من تأثر في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالي (القديم) » ، فلم تكن تحس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقدار ما أصابت من التوفيق (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٣ — ص ٤٢٠) .

الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ فى هذه الحالة قد وقع ، لا بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أمسك بالسكين التى يستخدمها فى عمله ، وطعن بها القصاب الذى يشترى منه اللحم لسيده لشجار بينهما نشب بسبب هذا التعامل ، كان هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهى لم يكن ليفكر فى الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهى نفسه ، لو كان له خصم يريد إيذاءه ، فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وطعنه بها ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهى لو لم يجد هذه السكين لعثر على غيرها ، فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على أن تيسر له ارتكابه ، وأن تهيىء له الفرصة فى ذلك . فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة ، ولذلك لا يكون السيد مسئولا عن عمل الطاهى .

ولو أن الخفير الذى أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذى قدمناه ، لم يتذرع بوظيفته فى التضليل بالزوج ، بل ذهب إليه فى مسكنه ، وفى غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً فقتله ، لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذى تسلمه من الحكومة ، وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته ، وهيأ له الفرصة فى ذلك . فيكون الخطأ الذى وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولا تكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير ، وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلا منه ، يكون قد ارتكب خطأ فى تأدية الوظيفة . فهذا عيار نارى يطلقه الخفير ، يكون خطأ : تارة فى تأدية الوظيفة ، وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة.

٦٨٦ — الخطأ الأجنبى عن الوظيفة : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولا عن عمل تابعه ، فأولى بالخطأ الأجنبى عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبى عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه

إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتيل وفى غير أوقات العمل . وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه . فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع . وبالتالى لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه . ما دامت العلاقةالزمنية والمكانية منعدمة بينهوبين العمل الذى يؤديهالجناة لمصلحة صاحبالمصنع(١).

وقضت محكمة جنايات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جناية

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ . وقد قرر هذا الحكم أن أحكام مسئولية المتبوع عن التابع واحدة فى القانونين المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) تقتضى لمساءلة المخدوم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئاً عن فعل الخادم فىحال تأدية وظيفته (en exerçant ses fonctions) ، تلك العبارة التى يقابلهافى المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (dans les fonctions auxquelles ils les ont employés) والعبارتان مؤداهما واحد ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تسويغه — أساسه أن شخصية المتبوع تتنـاول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً . لذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الاعتبـار إلا فى الحدود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . ومـا أن مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بهـا أو عدم وجوب اتصاله بها ، إلا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التـابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة فيهبينهما ولوموقتاً ،وأصبحالتابع بذلك حراً يفعلما يريدويتصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده . ذلك لأن مسئولية المتبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته إلى تابعه والتمكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهـد به إليه . فإذا افلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير مسئول عن تصرفاته بحال ما .

ومهما يكن من وجاهة هذه الأسباب ، فإن هناك محلا للتحفظ فى هذه القضية . ذلك أن القتيل كان رئيساً لعمال المصنع ، وقد قتلوه انتقاماًمنه ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته للتعليمات . فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفكروا فى ارتـكاب جريمتهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره مخدوماً للعمال .

ارتكبها أحد رجال البوليس فى وقت كان فيه متغيباً عن عمله فى أجازة رسمية(١).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصلحة لا تكون مسئولة عن الضرر الذى أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو يصطاد فى غير ساعات العمل(٢).

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الذى يتدخل دون حق فى عملية تسليم البضائع، فيوجه مباشرة أوامر للحمالين، ويخالف بذلك اللوائح، ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذى يحدثه الحمالون وهم ينفذون أوامره (٣). وهنا نرى أن التابع، وهم الحمالون، قد ارتكب الخطأ الأجنبى عن الوظيفة فى المكان وفى الزمان اللذين يؤدى فيهما الوظيفة. فليس من الضرورى إذن، حتى يكون الخطأ أجنبياً عن الوظيفة، أن يكون منقطع الصلة بها فى الزمان أو فى المكان (٤).

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع

٦٨٧ — مسألتان: متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين

(١) جنايات طنطا فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤. كذلك لا يكون المخدوم مسئولا إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل التى يقيم فيه بعيداً عن سيده، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه، أو بدد وديعة اؤتمن عليها بصفته الشخصية (الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧).

(٢) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ٢٥٧. وقد تكون «البندقية» التى كان الحارس يصطاد بها سلمت له بحكم عمله، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ، وننتقل بذلك من خطأ أجنبى عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة، ولكن فى الحالتين لا مسئولية على المتبوع.

(٣) استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ — وانظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٩٢.

(٤) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ — وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشترى له شيئاً من السوق، فيتشاجر الخادم فى الطريق مع آخر ويعتدى عليه، فلا يكون المخدوم مسئولا. وأورد أيضاً مثل الموظف يستقبل فى مكتبه وفى وقت عمله دائناً له، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب، فلا يكون المخدوم مسئولا.

تقدم ذكرهما — علاقة التبعية وخطأ فى تأدية الوظيفة أو بسببها — قامت هذه المسئولية على أساس ينبغى تحديده . وهى على كل حال لا تجبّ مسئولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .

فنتكلم فى مسألتين : (١) تكييف مسئولية المتبوع .(٢) قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع .

§ ١ — تكييف مسئولية المتبوع

٦٨٨ — آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرهما حتى تقوم مسئولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسئولية التكييف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسئولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faute présumée) فى جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأى كثير من أحكام القضاء. ولكن الرأى أصبح منتقداً ، وكاد يصبح رأياً مرجوحاً . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسئولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة (idée de risque). وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation)، وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .

والمتأمل فى هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردها إلى أصلين . فإما أن تكون مسئولية المتبوع عن التابع مسئولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هى مسئولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .

فإذا قدرنا أنها مسئولية ذاتية رددناها إلى اعتبار فى شخص المتبوع : خطأ فى جانبه وهذا هو الخطأ المفترض ، أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعة.

وإذا قدرنا أنها مسئولية عن الغير رددناها إلى اعتبار فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فإما أن تعتبر المتبوع كفيلا للتابع وهذا هو الضمان ، وإما أن نعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هى النيابة ، وإما أن نعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .

والصحيح فى نظرنا أن مسئولية المتبوع عن التابع ليست مسئولية ذاتية ،

بل هى مسئولية عن الغير (١) . ولعلها هى المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسئوليات مختلفة . فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا (٢) . وسنرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هى أيضاً مسئولية ذاتية تقوم على خطأ فى جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع ، وهذه هى المسئولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هى مسئولية عن الغير ، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول ، فكلها تؤدى إلى نتيجة رئيسية واحدة ، وإن اختلفت فى بعض التفصيلات .

ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد ، الآراء الخمسة التى سبقت الإشارة إليها : الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

٦٨٩ — الخطأ المفترض : هذا الرأى هو أقدم الآراء الخمسة . وكان هو الرأى التقليدى السائد إلى عهد قريب . ويتلخص فى أن المتبوع يقوم فى جانبه خطأ مفترض : خطأ فى الرقابة أو خطأ فى التوجيه أو خطأ فى الاختيار ، أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسئولا عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً فى جانب المتبوع ، فإما أن يكون المتبوع قد قصر فى اختيار تابعه ، أو قصر فى الرقابة عليه ، أو قصر فى توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ، ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر . وقد قال بهذا الرأى ، كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحاكم فى مصر وفى فرنسا (٣) .

---

(١) وقد كنا نأخذ برأى آخر فى الموجز (فقرة ٣٠٣) ، فكنا نقول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧١ فى الهامش .

(٣) وقد كنا ، كما سبق القول ، ممن يقول بهذا الرأى ، وقد جاء فى الموجز (فقرة ٣٠٣) فى هذا الصدد ما يأتى : «مسئولية المتبوع عن تابعه ، فى الحدود التى بيناها ، مبنية على خطأ فى «التوجيه والرقابة» ، وهو خطأ مفروض فى جانب المتبوع لا يكلف المدعى بإثباته . وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع ، فيفرض أن المتبوع قد قصر فى توجيه تابعه أو فى رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ . والخطأ المفروض فى جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه =

والذى يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

= والرقابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه » .

أنظر أيضاً الدكتور حشمت أبو ستيت بك فى نظرية الالتزام فقرة ٥٠٩ (وهو ينتهى بأن هذه المسئولية لا يمكن ردها إلى أساس من المنطق مستقيم ، ولا مناص من التسليم بها كما أرادها القانون والقضاء) . وانظر كذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة فى معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به هذه المحكمة من أن « ضمان السيد يقوم قانوناً على مظنة خطئه فى اختياره خادمه وفى مراقبته إياه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهى مظنة قانونية تعفى المضرور من إثبات خطأ من المخدوم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته . ولا يعفى السيد من الضمان إلا إذا أثبت أن الحادث الضار قد نشأ عن قوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو عن خطأ المجنى عليه نفسه » (نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ — ويلاحظ أن المحكمة هنا قد أعفت المتبوع من المسئولية عند ما ينفى هذه المسئولية لا عن نفسه هو بل عن تابعه ، فتنتفى المسئولية عن المتبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتفائها عن التابع — أنظر أيضاً نقض جنائى فى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أن « هذه المسئولية (مسئولية المتبوع) مفترضة افتراضاً قانونياً » (نقض مدنى فى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من « أن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار التابع أو فى رقابته » (نقض جنائى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن المتبوع يجب أن يسأل « على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها » (نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من « أن مسئولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد إليهم بخدمته وبتقصيره فى مراقبتهم ، وهذه (المسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد المسئولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده ، فلم يفنه عموم نص المادة ١٥١ (القديمة) » (نقض مدنى فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ما يفيد أن مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض . من ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من « أن المشروع جعل من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسئولية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك ما وقع فى لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز « فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) . ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة =

(اولا) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، لأمكن للمتبوع فى القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه فى الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغى من العناية، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض فى جانبه(١). وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء. نعم هو يستطيع نفى علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو . فيتخلص من المسئولية . ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه . بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ، ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع (٢). ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر (٣) . ولو أنه أثبت ذلك ، فنفى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم . لبقى

= القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن « خطأ الخادم مفروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٩ — أنظر أيضاً ص ٤١٨) . ولا نظن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها فى أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض، تقيد الفقه فى اجتهاده، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية فى ظل القانون الجديد .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٩١١ — ديموجوب ٨ فقرة ٦١٠ — لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها — بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك نرى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى فى فرنسا فى هذه المسألة . وانظر فى الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى مازو ١ فقرة ٩٣١ فى الهامش .

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (أنظر آنفاً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ فى جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع نفى المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع نفيها بنفى علاقة السببية .

(٢) أنظر فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) ، وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت فى تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة « يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى (القديم) من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) — وفى هذا خلط واضح بين نفى الخطأ ونفى علاقة السببية .

مع ذلك مسئولا عن تابعه . وفى هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلا ، إذ أن المسئولية التى تقوم على خطأ . حتى لو كان هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل لإثبات العكس ، ترتفع بنفى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسئولية المتبوع لا ترتفع بنفى هذه العلاقة (١).

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ فى جانبه ! وفى الحالات النادرة التى يكون فيها غير المميز مسئولا ، تكون مسئوليته قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فاذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولا عن تابعه ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه (٢) أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه . وهذا ما قضت به محكمة النقض فى مصر فى حكمين معروفين (٣) وفى ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

---

(١) على أن هناك من التقنينات الحديثة ما يقيم مسئولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل لا يتشدد فى هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع نفى الخطأ (أنظر فى هذا المعنى التقنين الألمانى م ٨٣١ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٥٥ والتقنين الصينى م ١٨٨ . ويصل التقنين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المضرور مطالباً بإثبات الخطأ فى جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التقنينات الجرمانية أكثر تسامحاً فى مسئولية المتبوع من التقنينات اللاتينية ، فهذه لا تجيز للمتبوع حتى أن ينفى علاقة السببية (أنظر التقنين الفرنسى م ١٣٨٤ فقرة ثالثة — المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٩ — التقنين المصرى القديم م ١٥٢/٢١٤ — التقنين المصرى الجديد م ١٧٤ — تقنين كويبك م ١٠٥٤ فقرة ٧ — وعلى هذا النهج سار التقنين البولونى م ١٤٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧٩ فى آخرها .

(٣) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل فى ماله عن خطأ خادمه عملا بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى فى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) . وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه «يلزم السيد بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم» ، فقد أفادت أنه لا يقتضى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التابع =

٦٩٠ — **تحمل التبعة** : قال بهذا الرأى الفقهاء الذين يجعلون مسئولية المتبوع مسئولية ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ (١) . فما دام المتبوع مسئولا مسئولية ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ فى جانبه ، فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغنم .

وهذا الرأى فيه مزيتان يتجنب بهما العيبين اللذين لاحظناهما على الرأى الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولا لا يجيز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسئولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسئولا لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسئولا حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يجز قيام مسئوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأى يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولا) لو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، ففيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة

= أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع . وإذن فيصح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للادراك والتمييز حساب ، وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته (نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

أما ما ورد فى الأعمال التحضيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثيرت مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز فى لجنة المراجعة ، فأجيب بأنه ما دامت المسئولية مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا يعتبر تفسيراً صحيحاً لأحكام القانون المدنى الجديد فى هذه المسألة .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ — ديموج ٥ فقرة ٨٨٢ — سافاتييه ١ فقرة ٢٨٤ وما بعدها — دالان (Dallant) فى تعليقه فى داللوز ١٩٣١ — ١ — ١٧١ — بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ .

وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .

خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر ، سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ ، كان ينبغى أن يحقق مسئولية المتبوع تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة ، ما دامت هذه المسئولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك ، وأن مسئولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسئولية فوفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه ، فيكون قد أخذ مقابلا لما أعطى ، ففيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سنرى ، على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسئولية المتبوع ، بما تقتضيه هذه المسئولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

والحق أن مسئولية المتبوع ليست مسئولية ذاتية. كما سبق القول، فهى لا تقوم على خطأ يفترض فى جانب المتبوع ،ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها. وإنما هى مسئولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ فى جانبه ، ولكنه يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٦٩١ — مسئولية عن الغير — الضمان والنيابة والحلول: فالمتبوع إذن مسئول عن التابع مسئولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسئولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان (١) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر ، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ١٢٦ — بيسون فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٣ — شوفو فقرة ٢٣ — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص٤٨ وما بعدها .

على التابع ، وما دام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع هى التى تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق .

ويقيمها فريق ثان على أساس النيابة (١) . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع فى فكرة النيابة التى أشرنا إليه من قبل. فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية — أى ما يرتكبه من خطأ — فى حدود تبعيته . فالحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية فى وقت معاً .

ويقيمها فريق ثالث على أساس الحلول (٢) . فالتابع قد حل محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة ، فكأنما المتبوع هو الذى ارتكب هذا الخطأ . أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترفه(٣) . ولا بد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل محل المتبوع فى

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ — محكمة النقض الفرنسية فى ١١ مايو سنة ١٨٤٦ داللوز ١٨٤٦ — ١ — ١٩٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٩٣٥ — فقرة ٩٣٩ — تيسير (Teissoire) رسالة من أكس سنة ١٩٠١ ص ٢٥٦ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٣٥٠ — بلانيول وريبير ٢ فقرة ١١٢٥ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ١١٥ (ويرى أن أساس مسئولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة هو الخطأ المفترض ، وإذا كان الخطأ قد وقع مجاوزاً لحدود الوظيفة كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسئولا قانوناً عن خطأ تابعه ولو لم يرتكب هو أى خطأ شخصى ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥) .

وقضت محكمة النقض فى حكم لها بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن « المادة المذكورة (م١٥٢ مدنى قديم) إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر =

التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول ، فأصبح هذا مسئولا كذلك .

واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير — على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان — يجعل المتبوع مسئولا عن تابعه ؛ ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، فالتزامه التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . وهذا الاعتبار يجيز أيضاً استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز ؛ فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولا. وبذلك نتجنب العيبين اللذين كانا السبب فى نبذ فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢ — الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور: ومزية أخرى لتكييف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير ، هى أن هذا التكييف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضرور . وفى حدود هذه العلاقة دون غيرها — علاقة المتبوع بالمضرور — يقوم هذا التكييف .

فلا يقوم فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلا على المتبوع عند رجوع هذا عليه كما سنرى. ولكن ليس هناك ما يمنع المضرور ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدى وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعاً . وهذا ما يدعى فى القانون الإنجليزى باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣ — اجتماع مسئولية المتبوع مع مسئولية من نوع آخر: وقد يكون

= قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تبريره — أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً ». (نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

المتبوع مسئولا كمتبوع ومسئولا على وجه آخر فى وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقاً ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولا كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق ، فيكون مسئولا بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضرور وشأنه فى اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه. وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً ، حتى يعفى نفسه من إثبات الخطأ فى جانب السائق .

§ ٢ — قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤ — فيما بين المتبوع والمضرور : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل . فمسئولية التابع — وقد ثبت فى جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعاً — تقوم إذن إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هى الأصل كما قدمنا .

وينبنى على ذلك أن المضرور يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك فى الخطأ ، فيصح للمضرور أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له فى هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضرور أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه. فهو حر فى أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة ، واحداً أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون (١).

---

(١) وقد قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادم باشتراكه مع آخر ، كان المخدوم مسئولا أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (اسكندرية الكلية الوطنية فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣) .

٦٩٥ — فيما بين المتبوع والتابع : فإذا رجع المضرور على التابع دون المتبوع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع ، فللمتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه. وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر »(١). وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام فى مسئولية متولى الرقابة، وبينا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع (٢)، وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هى حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع فى الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما فى علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التى قررناها عند تعدد المسئولين. وهذه هى حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهى حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التى تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه فى الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور كما سبق القول (٣).

---

(١) أنظر تاريخ النص آنفاً (فقرة ٦٧٤ فى الهامش) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسئولية المتبوع هى وحدها التى تتمحض مسئولية عن الغير ، أما مسئولية متولى الرقابة فهى مسئولية ذاتية تنتهى إلى أن تكون مسئولية عن الغير . فهى إذن ابتداء مسئولية ذاتية ، وانتهاء مسئولية عن الغير . أما مسئولية المتبوع فمسئولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدوم مسئولا عن الفعل الضار الذى يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبناه مجرد افتراض قانونى فى حق المخدوم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر ، ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدومه أيضا . فإذا كان المخدوم لم يقع منه أى خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والمتهمين معه ما ألزم بدفعه للمدعى بالحقوق المدنية تنفيذاً للحكم =

ويقع كما قدمنا أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع ، لأن الأول يكون عادة هو المليء ، ففي هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضامناً في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع ، والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معاً ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه المضرور(١) .

ويثبت المضرور عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا ، فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يعود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولا نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، كأن يكون معلماً مسئولا عن تلميذ ولم يستطع نفي الخطأ المفترض ، أو يكون سائق سيارة احتفظ بحراستها فصار مسئولا نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ففي هذه الحالة لا يحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض. فهل يستفيد المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفي بالخطأ المفترض في جانبه ، لأن هذا الخطأ المفترض ، في الحالة التي نحن بصددها ، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والمضرور ، لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

= الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا لمصلحة من وقع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل من اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون المناط فيه مبلغ جسامة الخطأ الذي ساهم به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ذلك متعذراً ، فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوي عن الضرر الذي تسببوا فيه (نقض جنائي في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٧٩ ص ٢٣٧) .

(١) أنظر الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص ٢١٤ — وقد أشار إلى حكم في هذا المعنى لمحكمة النقض قضت فيه « بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثه من أضرار للمدعي بالحق المدني وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجالها وهي مسئولة عن فعال رجالها ومتضامنة معهم في تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم في حالة الحكم للمدعين بالتعويض. فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها ، كان قضاؤها بذلك خاطئاً في تطبيق القانون ، ويتعين نقضه » . (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

الفرع الثانى

المسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦ — حالات ثلاث : بعد أن فصلنا حالتى المسئولية عن عمل الغير ، ننتقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحي منها وغير الحي . ذلك أن الشخص يسأل عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :

الأولى — مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والثانية — مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر .

والثالثة — مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر .

وتنتظم هذه الحالات الثلاث فكرة « الخطأ فى الحراسة » (faute dans la garde). فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه فى الحراسة . والخطأ فى الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشىء يفلت من يده .

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان (*)

٦٩٧ — النصوص القانونية : كان القانون المدنى القديم ينص فى المادتين ١٥٣/٢١٥ على ما يأتى :

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١١٣٧ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٩٢ — فقرة ٦٠٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٥٨ وفقرة ١٠٦٣ — فقرة ١٠٨٣ — كولان وكابيتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦١ — جوسران ٢ فقرة ٥١٥ — فقرة ٥٢٣ — الوجيز للمؤلف فقرة ٣٥٥ — فقرة ٣٥٨ — الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٥٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٥ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٦ .

« وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشيء عن الحيوان المذكور ، سواء كان فى حيازته أو تسرب منه » .

وقد نقل القانون المدنى الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا فى الصياغة ، فنصت المادة ١٧٦ من هذا القانون على ما يأتى :

«حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه(١)» .

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم ، وأوسع إحاطة بأحكام المسئولية التى نحن بصددها (٢)، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قدمنا.

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ،حتى لو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن عبارة « حارس الحيوان» قد تشتبه بالحراسة بالمعنى المفهوم، وقد يخرج عنها المالك ، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتى : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له » فأضافت عبارة « ولو لم يكن مالكا له » بعد عبارة « حارس الحيوان » لتبرر أن اصطلاح حارس الحيوان لا ينفى اعتبار المالك حارساً إن توافرت الشروط المقررة فى هذا الشأن . وقد اقترح على اللجنة الاستعاضة عن اصطلاح « الحارس » باصطلاح «المنتفع» ، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تعبير « حارس الحيوان » قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة ، وقد استعمل الفقه فى مصر اصطلاح الحراسة فى هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) فى اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة وهى مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها فى حدود صور بخصوصها ، وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٣ — ص ٤٢٨) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تفضيل نص القانون الجديد ما يأتى : « يعتبر هذا النص متقدما على نظيره فى نصوص التقنين المصرى الحالى (القديم) من ناحيتين : (١) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة ، وجعل حارس الحيوان مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لا تستخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ إذ تنص على إلزام « مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشيء عن الحيوان المذكور » . وقد جهد الفقه الحديث فى تحليل فكرة الحراسة تحليلا دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت . فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية . والثانية دون الأولى هى التى تبنى عليها المسئولية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٦٩٨ — شرطاه تحقق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية إذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير . فعندئذ يكون حارس الحيوان مسئولا عن هذا الضرر .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) تولى شخص حراسة حيوان (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

= الحراسة القانونية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذى استخدمه للعناية به . وقد عنى التقنين اللبنانى بالنص على هذا الحكم فى عبارة صريحة ، فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن « تلك المسئولية تترتب ، ولو كان الحارس المضرور قد ارتبط من قبل بعقد من العقود ، كإجارة الأشخاص مثلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك » . ويراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب . (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصرى على اتباع هذا الرأى ، رغم أن المادة ١٥٣/٢١٥ من التقنين المصرى لم تذكر شيئاً فى هذا الشأن . وقد وقفت التقنينات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التى تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيطة الواجبة لمنعه من الإضرار أو لرقابته (المادتان ٨٦/٩٤ من التقنينين التونسى والمراكشى ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالى ، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألمانى ، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوى المعدل ، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البرازيلى ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصينى) . وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبى (المادة ٨١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ١٢٩ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسبانى) ، وهذا هو ما اختاره القضاء المصرى والقضاء الفرنسى . ويتوسط التقنين البولونى هذين الرأيين ، فيكتفى من حارس الحيوان بإقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (م ١٤٨) ومع ذلك فهو يجيز للمحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار المضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص (المادة ١٤٩ فى فقرتها الأخيرة) . ولم يبح المشروع إلا إثبات السبب الأجنبى اقتداء بما جرى عليه القضاء المصرى فى هذا الشأن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٤ — ص ٤٢٥) .

§ ١ — حراسة الحيوان

٦٩٩ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «الحيوان» .

٧٠٠ — الحراسة (la garde) : قدمنا أن الخطأ فى الحراسة هى أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده . فحارس الحيوان إذن هو من فى يده زمام الحيوان . فتكون له السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته . ويكون هو المتصرف فى أمره . سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ؛ أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية . ما دامت سيطرة فعلية قائمة .

فليس حارس الحيوان هو ضرورةً مالكه . فقد ينتقل زمام الحيوان — السيطرة الفعلية فى توجيهه وفى رقابته وفى التصرف فى أمره — من يده إلى يد غيره . فيصبح هذا الغير هو الحارس . وليس الحارس هو ضرورةً المنتفع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية فى توجيه الحيوان وفى رقابته . وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس . ما دام لا يملك التصرف فى أمره وليست له سيطرة فعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته . وليس الحارس هو من يكون الحيوان فى حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه فى التوجيه والرقابة ؛ فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعى ولا السائق ولا الخادم ولا السائس (١).

---

(١) ويجب أيضاً أن نستبعد معيارين، أحدهما قال به الأستاذان مازو ثم عدلا عن قولهما، والآخر قالت به محكمة النقض الفرنسية .

فقد كان الأستاذان مازو يميزان بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (gardo juridique)، فيجعلان الحراسة القانونية، وهى حق يعطيه القانون للشخص فى السيطرة على الشيء ، هى التى تترتب عليها المسئولية . وقد عدلا عن هذا الرأى على أثر حكم محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١ — ١ — ٢١٧ — وانظر مازو ٢ فقرة ١٠٨٧ وفقرة ١١٥٩) ، وأخذ الأستاذان بمعيار السيطرة الفعلية فى التوجيه والرقابة .

أما محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فقد قضت فى الحكم الذى أشرنا إليه بأن حارس الشيء هو من يستعمل الشيء بنفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذى يلائم ممارسة مهنته (celui qui, par lui-même ou par ses préposés, en fait l'usage que =

فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذى قدمناه ، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من بيده زمامه ، فيملك السيطرة الفعلية عليه فى التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف فى أمره . ونص القانون المدنى الجديد يتفق مع هذا المعيار ، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على أن «حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر (١) » .

وإذا أردنا أن نطبق معيار «السيطرة الفعلية» تطبيقاً عملياً أمكن أن نفصله على الوجه الآتى :

مالك الحيوان هو فى الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذى يملك زمامه فى يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف فى أمره . ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلاً مالكه . فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذى عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر . وإذا أفلت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب ، كان هذا خطأ فى الحراسة (faute dans la garde) ، ويكون مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : «حارس الحيوان ، ولو لم يكن

= (comporte l'exercice de sa profession) ـ وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذى استعمله القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٨٥ ، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert) ، وقصدت به أن توفق بين عبارة القانون الفرنسى والتحليل الصحيح لمعنى الحراسة . ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذى يلائم ممارسة مهنته تكون له فى الغالب السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته فيتفق المعياران ، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة ، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان فى يد غير اليد التى تستعمله الاستعمال الملائم للمهنة .

(١) وقد جاء فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير ، فقيل : «إن التشريعات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) فى هذا المقام ، وقد استقر فى لغة الفقه القانونى الحديث الذى جهد فى تحليل فكرة الحراسة تحليلا دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت ، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى هى التى تبنى عليها المسئولية ، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالسيطرة الفعلية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذى استخدمه للعناية به» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٦) .

مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ،ولو ضل الحيوان أو تسرب. ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان فى الطريق دون رقيب ، كان مسئولا عما يحدث من ضرر .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى ، فإن كان قد انتقل رغم إرادة المالك أو دون علمه ، كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان ، أو إلى تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية ، فإن السيطرة الفعلية على الحيوان تنتقل فى هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير ، ويصبح السارق أو التابع الذى استولى على الحيوان لنفعه الخاص هو الحارس ،ويكون هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . ومن ثم نتبين أنه ليس من الضرورى أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون ، فنى المثلين اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك ، وكان الغير تابعاً للمالك كالسائق والسائس والخادم والراعى ، فالأصل أن انتقال الحيوان إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ الغالب أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه . فيبقى المالك فى هذه الحالة هو الحارس . ولكن لا شىء يمنع فى بعض الحالات من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع ، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيال (jockey) يجرى به فى السباق ، فإن الخيال فى هذه الحالة من وقت أن أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به فى السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية على الحصان وأصبح هو الحارس ، فيكون مسئولا مسئولية الحارس ، ويكون المالك مسئولا مسئولية المتبوع .

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو المستعير ، انتقلت فى الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ هو فى سبيل الانتفاع به يمسك زمامه فى يده وله حق التصرف فى أمره ، ومن ثم يكون هو الحارس . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع لا لينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاجه ، كصاحب الاصطبل وصاحب

الفندق والطبيب البيطرى ، فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص ، ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبقى المالك فى هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان فى أثناء الوديعة أو وقت العلاج ، فيبقى هو الحارس (١) .

٧٠١ — الحيوان : أى نوع من الحيوان، مستأنساً كان أو متوحشاً، كبيراً أو صغيراً ، خطراً أو غير خطر ،يكون حارسه مسئولا عنه . فالدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمير وجمال ومواش ، والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقردة ، والدواجن والطير ، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والنمور والفيلة وغيرها ، كل هذا يكون حارسه مسئولا عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١١٠٤ — فقرة ١١٠٨ — ويرى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الذى تنتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به ، لأنه وهو ينتفع به يحيط بخصاله وطباعه ، أما من يحوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقى كل حيوان يرد إليه ، كالراعى والبيطار والطبيب البيطرى وشركات النقل ، فلا تنتقل إليه الحراسة (المسئولية المدنية فقرة ٢٤٥) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩) . فلا يصبح المالك مسئولا متى سلم الحيوان إلى شخص آخر ينتفع به ويستخدمه لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة ، والمالك هو الذى يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) . ولا يكون المالك مسئولا إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق) . ولكن مالك الحيوان يكون مسئولا عن خطأ تابعه كالسائق (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بعربة آخر وركبهو وصديق له ، ووكل إلى الصديق القيادة فى مكان مزدحم ، كان صاحب الخيل هو المسئول ، وبخاصة إذا كان صديقه يقود تحت إشرافه لضعف بصره ولعدم معرفته بطباع هذه الخيل (استئناف وطنى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٧ ص ٦٠) .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد بين حيوانات متعددة ، ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كان جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى حراستهم متضامنين فى المسئولية . فإذا ترك صاحب الكلب كلبه طليقاً فى الطريق العام ، فاختلط بكلاب أخرى ، وأصيب مار من هذه الكلاب ، ولم يعرف أى كلب عضه، فأصحاب الكلاب جميعاً مسئولون بالتضامن(محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٥ رقم ٣٠ ص٦٦) .

كالمواشي الملحقة بأرض زراعية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولا عنها ، ولا عبرة بأنها تعد عقاراً .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فجثة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حي لا حيواناً ، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير حي لا عن حيوان ، فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدني الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والطير الذي لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . والجراد إذا أصاب زرعاً فأتلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه أثار الجراد بخطأه .

٢٤ — إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢ — تحليل هذا الشرط : حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان، يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير . فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal) ، ويكون هناك أمران نتكلم فيهما : (١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذي يحدثه .

٧٠٣ — فعل الحيوان : يجب أن يكون الحيوان هو الذي أحدث الضرر ، أي أن يكون قد أتى عملا إيجابياً كان هو السبب في الضرر . أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون للحيوان دور إيجابي ، كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حي فجرح ، أو سقطت جثة حيوان ميت على إنسان فأصابته بالضرر ، فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان ، إذ لم يكن للحيوان في ذلك إلا دور سلبي .

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابي في إحداث الضرر ، فليس هذا معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالا مادياً بالجسم الذي ألحق به الضرر ، بل يكفي أن يكون هو السبب الإيجابي لإحداثه . فلو خرج حيوان مفترس في حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام ، فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمسه الحيوان ، فهذا الضرر يعتبر من فعل

الحيوان

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر فى إحداث الضرر ، كما إذا كان المتسبب المباشر فى الإصابة هى المركبة التى يقودها الحيوان . فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح ، فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه ، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان ؟ ولا شك فى أن القول برأى من هذين الرأيين تترتب عليه أهمية عملية كبيرة . إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان، فلا يفترض الخطأ ، بل يكلف المدعى إثباته طبقاً للقواعد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان ، كان هناك خطأ مفترض فى جانب الحارس ، ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ . وقد سار القضاء الفرنسى مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان (١) . وتابع القضاء المصرى القضاء الفرنسى فى ذلك (٢) . ثم عدل القضاء الفرنسى عن هذا الرأى ، واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان (٣) . وهذا هو الرأى الصحيح ، لأن راكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تعمدها . فإن اعترف بذلك ، وهذا غير محتمل ، كان الخطأ ثابتاً فى جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده ، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان (٤) .

٧٠٤ — *الضرر الذى يحدثه الحيوان* : أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولا عنه . فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله ، وإذا أتلف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المال حيواناً مثله ، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث

---

(١) نقض فرنسى فى ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ — ١ — ٢٨٦ — وحكم آخر فى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٩٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣ .

(٣) نقض فرنسى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٧٧ — وحكم آخر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ — ١ — ١٢١ .

(٤) مازو ٢ فقرة ١١٢٢ .

به ضرراً (١) ، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض ، فكل هذه تعتبر أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولا عنها .

والضرر الذى يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الغالب ، وقد يقع على الحارس نفسه ، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس ، وقد يقع على الحيوان ذاته أى أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر .

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير ، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض. وهذه هى الصورة المألوفة فى المسئولية عن الحيوان.

ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة . فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائسه أو بسائقه ، فقد تقدم أن المالك فى هذه الحالة يعتبر فى الأصل أنه هو الحارس ، ويكون مسئولا تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض(٢). وإذا كانت هناك علاقة عقدية ما بين حارس الحيوان والمضرور ،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا عض كلب إنساناً ، ولم يكن الكلب موضوعاً فى قيد بل ترك طليقاً فى الحديقة مع أنه كلب خطر ، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان المضرور يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(٢) وقد قضت فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربجى» فى أثناء خدمته بجرح بليغ من حصان مخدومه ، وكان عالماً بعيب الحصان ولكنه كان يحتاط لتقصمه، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكاناً على المادة ١٥٣ مدنى (قديم) ، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء والقدر (استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية ، فى مسئولية صاحب جمل عض جمله الجمال عندما كان يقدم له الطعام ، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعفى المجنى عليه من عبء الإثبات ، سواء كان المجنى عليه هو العامل الذى يقود الحيوان أو أجنبياً عنه ، ولا يسقط هذا الافتراض القانونى قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه ، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه . ولما كان مالك الحيوان لم يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه ، إذ لا يكفى أن يستنتج خطأ المجنى عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على العض وأنه لا بد لذلك أن يكون قد أسىء إليه ، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً فى جانب المالك (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠). وقضت أيضاً فى قضية مماثلة ، سلم فيها صاحب الجمل جمله إلى أجير عنده لقيادته فعقر الجمل الأجير، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية =

كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر ، فأضر الحيوان بالمستأجر ، فإن صاحب الحيوان فى هذه الحالة يكون مسئولا مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنه التزم فى عقد النقل بضمان سلامة الراكب .

وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر ، فمالك الحيوان المضرور يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير (١) .

= أو بإهماله هو ، والذى يستفيد من هذه المسئولية المفترضة ليس فقط الشخص الأجنبى عن المالك ، بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون فى خدمة المالك إذا كلفهم المالك المذكور بأن يسوقوا الحيوان أو يعتنوا به أو يقوموا بخدمته (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩ — انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢ نوفبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ ص ٧٩) . وقضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى أيضاً بأن القانون فى المادة ١٥٣ مدنى (قديم) يفترض وقوع خطأ أو إهمال من مالك الحيوان الذى أحدث ضرراً بالغير ، ولذا جعله مسئولا عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد ، والمصاب فى غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه . ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الحمير لمنع الحمير من التشاجر فيما بينها دون الاستعانة بعصاً لا يعد خطأ أو إهمالا منه ، لذلك تكون المسئولية واقعة على المالك ، لأن خطأه المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسيوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠) .

أما إذا ثبت خطأ فى جانب المصاب ، فإن هذا الخطأ قد ينفى علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض فى جانب المسئول . وقد قضت محكمة طنطا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل انتزع رباطه من الوتد وعض الخادم المكلف بخدمة المواشى ، وثبت أن الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية فى ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكم الجمل ، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً معتاداً على العض ، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعين رفض دعواه (طنطا استئنافى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص ٣٣٧) .

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به انتفاعا شخصياً ، انتقلت الحراسة إلى المستخدم ، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) .

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولا تجاه خادمه المكلف بمراقبة الحيوان ، بمقتضى خطأ مفترض ، بل يجب على الخادم أن يثبت خطأ فى جانب المالك ، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يعلمه فى الحيوان ، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان ، أو يكون المالك قد قصر فى تجهيز الحيوان بالأدوات اللازمة لصده وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١) .

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما فى مكان واحد ، وأن يعفى كل منهما من مسئوليته عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية ، فيكون باطلا ، ويعتبر كل منهما مسئولا عن مواشيه قبل الآخر بمقتضى خطأ مفترض .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه ، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ فى جانبه طبقاً للقواعد العامة .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس ، فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض ، ويعتبر غيرا فى هذه الحالة .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته ، بأن اختنق بحبل مثلا ، وكان الحارس هو المالك ، هلك الحيوان على مالكه . أما إذا كان الحارس غير المالك ، فلا يستطيع المالك فى هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض ، فإن افتراض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ فى جانب الحارس ، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذى الذى أثبته لا لخطأ مفترض .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥ — مسألتان : متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذى قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما أسلفنا . ونبين الآن : (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ — ما هو الخطأ

٧٠٦ — خطأ فى الحراسة : الخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان هو خطأ فى الحراسة (faute dans la garde) . وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس ، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية . ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque) ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى .

والخطأ فى الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذى أحدث الضرر .

٧٠٧ — ما الذى يثبته المضرور : ولا يكلف المضرور إلا بإثبات الشروط

التي تتحقق بها مسئولية حارس الحيوان . فيجب عليه أن يثبت أولا أن المدعى عليه هو حارس الحيوان ، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده . ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان ، أى أن الحيوان قد تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر ، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء ، على التفصيل الذى سبق ذكره .

٢§ — إلى أى حد هو مفترض

٧٠٨ — **الافتراض لا يقبل إثبات العكس:** الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس (١) ، بخلاف الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قدمنا .

فلا يجوز إذن للحارس ، متى أثبت المضرور الشروط التى تتحقق بها مسئوليته ، أن ينفى الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه (٢) .

---

(١) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسئولية المدنية ، فنى الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يكفى لمحاكمة شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له ، لأن ذلك إذا صح مبدئياً أن يكون سبباً للمسئولية المدنية ، فإنه لا يكفى لتقرير المسئولية الجنائية التى لا يصح أن يكون لها محل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ فى المحافظة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير ، وفى هذه الحالة يجب بيان نوع هذا الخطأ فى الحكم ووجه نسبته إلى مالك الحيوان بالذات (نقض جنائى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٣) . أنظر فى هذه المسألة الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٦ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٦ — وقد كان الفقه فى فرنسا يجعل افتراض الخطأ قابلا لإثبات العكس ، وتابعه القضاء الفرنسى فى ذلك . ثم تحول القضاء فجعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً ، وتبعهما فى ذلك القانون المصرى القديم ثم القانون المصرى الجديد .

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم فى العلاقة ما بين الحارس والمضرور ، فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس (١) . وقدمنا أيضاً أن مسئولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسئولية المتبوع فى شخص واحد . فالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة ، فألحق الحيوان ضرراً بالغير ، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ فى جانبه افتراضا لا يقبل إثبات العكس ، كما تمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضرور فى هذه الحالة أن يثبت خطأ فى جانب السائق (٢) .

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسئوليته ولو كان عديم التمييز . أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئوليته قائمة على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه .

٧٠٩ — جواز نفى المسئولية بنفى علاقة السببية : ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفى عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذى وقع . وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى ، قوة قاهرة أو حادث مفاجىء أو خطأ المضرور أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » . وهو ما أجمع عليه الفقه (٣) والقضاء (٤) فى مصر .

---

(١) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضا فى العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضرور ، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذى أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبى للحيوان ، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض للمضرور على هذا الأجنبى ، فلا يجوز للأجنبى فى هذه الحالة أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٥ ص ١٢٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٩٣ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٨ — الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٤٨ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٥ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٦ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) تفترض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان ، وهذا الفرض القانونى لا يسقطه إثبات عدم حصوله

المبحث الثانى

مسئولية حارس البناء (*)

٧١٠ — النصوص القانونية: لم يكن القانون المدنى القديم يشتمل على نص لتحديد المسئولية عن تهدم البناء ، فكانت القواعد العامة للمسئولية هى التى

= خطأ أو إهمال ، بل يجب لإسقاط المسئولية أن يثبت المسئول أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٨٥ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً بأن الذى يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩) .

وانظر أيضا فى هذا المعنى استئناف أسيوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠ — محكمة بنى سويف فى ١١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٤ ص ٣٤٦ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئولية عن الحيوان لا ترتفع إلا بإثبات السبب الأجنبى (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٨ : ولا يكفى أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد ، ولكن المار تعرض له ليمر فأصيب : خطأ مشترك) — وفى ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٤ (من يقود حيواناً فى طريق عام يجب عليه أن يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) — وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم : لا يعفى حارس الحيوان من المسئولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح فى الحديقة وهو كلب خطر ، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب وهو خطر مطلق السراح) — وفى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٨ — وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ ص ١٧٢) أنه تعتبر قوة قاهرة أن يتزعج حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب منزلاً .

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠١٩ — فقرة ١٠٧٠ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٠٧ — فقرة ٦١١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٨٥ — فقرة ١٠٩٣ — كولان وكابيتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٢ — فقرة ٣٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٢ — الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٦٦ — فقرة ٢٩٢ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٦ — فقرة ٥١٩ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٧ — فقرة ١١٢ .

تنطبق ، وإن كان القضاء المصرى ، عن طريق القرائن القضائية ، اقترب من القواعد الخاصة التى اشتمل عليها القانون الفرنسى فى المسئولية عن تهدم البناء . إذ تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على أن «مالك البناء يكون مسئولا عما يحدث تهدمه من الضرر إذا كان هذا التهدم يرجع إلى نقص فى الصيانة أو إلى عيب فى البناء» . فكان هذا النص يشدد من مسئولية مالك البناء عما قررته القواعد العامة ، فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص فى صيانة البناء أو إلى عيب فيه ، ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص فى الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك . أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى . وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول ، وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة ، أى على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض ، فكان لا بد من أن يثبت المضرور خطأ فى جانب الحارس حتى تتحقق المسئولية .

قلنا إن القضاء المصرى كان قد اقترب من قواعد القانون الفرنسى ، وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران :

(أولا) أن القضاء المصرى كان يتشدد كل التشدد فى التزام حارس البناء ، فكان يطالبه باليقظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر ، وأى إهمال فى ذلك مهما كان تافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر .

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق المضرور ، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأتفه القرائن .

فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقترب من القانون الفرنسى ، ويستعيض عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضائية قررها هو . ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو نقصاً فى الصيانة (١) .

---

(١) أنظر نقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥ (وقارن

وقد جاء القانون المصرى الجديد بنص خاص فى مسئولية حارس البناء ، فقضى فى المادة ١٧٧ بما يأتى :

«١ — حارس البناء، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه »

«٢ — ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه (١)» .

= نقض مدنى فى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ ص ٤٢١) — استئناف مصر وطنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ ص ٥٨٦ — وفى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ ص ٨٧١ — وفى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ — استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٧٠ — وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٦٠ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ . وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب نص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة « ولم يكن مالكا » بعد عبارة «حارس البناء» ، وأصبح رقم المادة ١٧٧ . وقالت اللجنة فى تقريرها : «اقترح الاستعاضة عن اصطلاح الحارس فى المادة ١٧٧ باصطلاح مالك البناء أو حائزه بنية التملك . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن تعبير «حارس البناء أو الشىء» قد يتسع نطاقه لصور أخرى لاتندرج تحت الصيغ المقترحة ، وقد استعمل الفقه فى مصر اصطلاح الحراسة فى هذا الشأن بوصفه مرادفا لتعبير (garde) فى اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة ، وهى مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها فى حدود صور بخصوصها . وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لايدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد» . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٨ — ص ٤٣٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «لم يعرض التقنين المصرى للمسئولية عن البناء ، ولذلك جرى القضاء المصرى بشأنها على تطبيق القواعد العامة ، وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها ، ولو أنه لايتشدد كثيراً فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ . أما المشروع فقد آثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض ، والقى عبئها على عاتق حارس البناء دون مالكه على خلاف ما اختار التقنين الفرنسى . فتظل مسئولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعى البناء لايرجع إلى إهمال فى صيانته أو قدم أو عيب فى إنشائه . أما التقنين الفرنسى فيلزم المضرور على النقيض من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب فى إنشاء البناء ، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعى البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب ، ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١) .

ويتبين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن بالص الوارد فى القانون الفرنسى فى أمور ثلاثة :

(١) فى أنه يجعل المسئولية على حارس البناء لا على مالكه ، وهذا هو الذى تمشى مع قواعد المسئولية .

(٢) وفى أنه يشدد من المسئولية أكثر مما يفعل القانون الفرنسى ، إذ لا يتطلب النص المصرى أن يثبت المضرور إهمالا فى الصيانة أو قدماً فى البناء أو عيباً فيه ، بل حارس البناء هو الذى يثبت ألا إهمال فى الصيانة وألا قدم فى البناء وألا عيب فيه .

(٣) فى أنه يجيز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط ، فلا ينتظر من كان مهدداً بضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض ، بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر قبل وقوعه .

ولا شك فى أن القانون الجديد شدد كثيراً فى المسئولية عن تهدم البناء ، وأتى لمساعدة من تصيبهم أضرار من ذلك ، فلم يتركهم إلى القواعد العامة التى توجب عليهم إثبات الخطأ فى جانب المسئول .

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ القانون الجديد . والعبرة فى ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن تهدم البناء . فإذا وقع هذا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالقانون الجديد .

ونفصل الآن قواعد هذه المسئولية ، فنتكلم فى أمرين : (١) متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء

٧١١ — شرطان لتحقق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية إذا تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً وألحق تهدمه ضرراً بالغير . فعندئذ يكون حارس البناء مسئولا عن هذا الضرر .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) حراسة البناء (٢) تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر .

١٤ — حراسة البناء

٧١٢ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «البناء» .

٧١٣ — الحراسة : تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى حراسة الحيوان . فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون مكلفاً بحفظه وتعهده بالصيانة والاستيثاق بأنه ليس قديماً ولا معيباً بحيث يتهدد الناس بالخطر ، ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ، ولا المنتفع ، ولا الحائز .

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف فى شؤونه ، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك . والبائع قبل التسليم ، حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء ، فيبقى هو الحارس ، ولا تنتقل الحراسة إلى المشترى إلا بالتسليم (١). والمقاول الذى قام بتشييد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه لمالكه(٢). والمالك

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا مسئولية على المالك لمنزل لو سقط بعض بنائه على إنسان فقتله إذا تبين أن المالك المذكور اشترى هذا المنزل ، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠٠ ص ١٨٤) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية المشترى بعقد غير مسجل ما دام حائزاً (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على المقاول اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ ص ٢٢٢ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٨٣ — وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٤) — على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد فى أعباء المالك أو المقاول ، وعليه أن يساهم فى نفقات تقوية بنائه (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٢ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٣) .

المعلق ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنتفع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية . أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران فى الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء –خلافاً للحيوان والمنقول– تبقى عادة عند المالك(١). لكن إذا أقام المستأجر بناء فى العين المستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد الالتصاق(٢) .

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة .

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تمسك مالك البناء بأن العين المملوكة له مؤجرة للغير وبذا نقلت حيازتها القانونية لهذا الغير ، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالتصليحات اللازمة ، وإذن فإن المسئولية عن الضرر الذى وقع تنتقل إلى المستأجر ، فذلك لا يجديه فى دفع المسئولية عنه ، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمامه (نقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥) .

(٢) ومن أحكام القضاء المصرى فيمن هو المسئول عن تهدم البناء فى ظل القانون القديم : إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة ، بل المسئول هو الوصى (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) — والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) — والبناء فى أثناء تشييده أو ترميمه تكون المسئولية فيه على المقاول دون المالك (استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢) . فإذا تمت الأعمال وسلم البناء المالك ومضت مدة كافية على ذلك ، رجعت إليه المسئولية ، على أن يرجع على المقاول إذا كان هناك وجه لذلك (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٢) — مقاول أعمال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢) — إذا كان أحد شركاء البناء هو المشرف على عملية البناء ، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المقاول الذى كان مقتصراً على توريد الأنفار (استئناف وطنى فى ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٦٥ : ص ٧٦٤) — وفى المسئولية عن المصعد (استئناف مختلط فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٦) .

كمهندس البناء والمقاول وهما مسئولان عما يحدث فى خلال عشر سنوات من ضرر عن تهدم البناء (م ٦٥١ من القانون الجديد) ، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة ، وكالبائع وهو ضامن للعيب الخفى .

٧١٤ — البناء : والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها — خشباً أو جيراً أو جبساً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا — شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . فالبيوت والزرابى والمخازن تعتبر بناء . بل قد لا يكون البناء معداً لشىء من ذلك ، فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء ، وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور (الكبارى) وكل ما أشيد فى باطن الأرض بناء ، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده ، فإذا أحدث تهدمه ولما يزل فى دور التشييد ضرراً كان الحارس — وهو المقاول عادة — مسئولا عنه .

ولا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد . وكذلك الأرض لا تعتبر بناء ، فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير ، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء .

§ ٢ — تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر

٧١٥ — تحليل هذا الشرط : يجب أن يكون الضرر الذى أصاب المضرور ناجماً من تهدم البناء . فننظر فيما يعتبر تهدماً وما لا يعتبر كذلك .

٧١٦ — ما يعتبر تهدماً : تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار . ويستوى أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً ، كما إذا وقع سقف أو تهدم حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم . ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً ، معيباً أو غير معيب ، فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل فى غارة جوية ، فإن تهدمه بعد ذلك تهدماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية فى ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض .

٧١٧ — ما لا يعتبر تهدما : ولا يكفي أن يكون الضرر آتيا من البناء ، ما دام هذا البناء لم يتهدم كله أو بعضه . فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشي في غرفة دهنت «أرضيتها » دهاناً جعلها زلجة فأصيب بضرر ، فإن هذا الضرر لايعتبر ناجما عن تهدم البناء ، وعليه أن يثبت خطأ في جانب المسئول

ولو أن جسما صلباً سقط من نافذة في مبنى فوقع على شخص أصيب من جراء ذلك بأذى ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجما من تهدم البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهدم النافذة(١) .

ويجب أن ينجم الضرر عن تهدم البناء تهدماً فعلياً ، لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم . وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يجعل الحق للشخص المهدد أن يستولى على البناء وأن يصلح ما به من الخلل . واتبع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة ، دون أن يجعل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء . أما القانون الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي . وسار القانون المدني المصري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك . ولكن القانون المدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية ، وقد رأيناه ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي : «ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص (م ٢٤٦ من هذا المشروع) يقضي بما يأتي : « كل من يقيم في مسكن يكون مسئولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن ، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب . ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنها آثرت أن تظل المسئولية في نطاق ما يقضي به النص خاضعة للقواعد العامة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسئولية عن البناء بإيراد قاعدة تتعلق بالمسئولية عما يلقى أو يسقط من المسكن ، ويراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب البناء نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما يتبعه من الملحقات ، بل بسبب ما يلقى أو يسقط منه متى كان مخصصاً للسكنى ، فيفترض خطأ ساكن البناء في هذه الصورة ، ويلزم بالتعويض ، إلا أن يقيم الدليل على أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي . وتختلف هذه المسئولية عن المسئولية العامة عن البناء من وجوه ثلاثة : (١) فهي لا تترتب بناء على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته (ب) وهي لا تقع على عاتق الساكن (ح) وهي لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٩ في الهامش) .

باتخاد ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه» . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :«وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنينات الأجنبية ، فقرر بين أحكام المسئولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التى لا تنطوى على معنى التعويض . ويكفى لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا . فلمن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك ، دون الحارس ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر . فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف ، جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك (١)» .

والحريق غير التهدم ، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة، فأصيبت بضرر ، لم يكن هذا الضرر ناجما عن تهدم البناء ، حتى لو كان البناء المحترق انهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر(٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١ (وأنظر فى هذا المعنى المادتين ٩٨/٩٠ من التقنينين التونسى والمراكشى ، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥١ فقرة ٢ من التقنين البولونى . وأنظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتينى) .

(٢) أما إذا انهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية ، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق ، كان الضرر الذى يحدث ناجما عن تهدم البناء . هذا وقد صدر قانون ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ فى فرنسا ، أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، وقضى بأن الحائز للعقار أو المنقول ، إذا شب فيه حريق ، لا يكون مسئولا عن الضرر الذى يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائز — أما فى العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر ، إذا احترقت العين المؤجرة ، فقد نصت المادة ٥٨٤ من القانون المدنى الجديد على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لايد له فيه ، فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما فى العقار ، هذا مالم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق .

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة، ولو كان هذا البناء تتطلب حراسته هذه العناية الخاصة ، كمصنع لعمل المفرقعات . فإذا تهدم هذا المصنع ، فأصاب الغير بضرر ، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨ ، فيجوز لحارس المصنع أن يتخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الأجنبى فحسب، كما هو الأمر فى =

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهدم البناء

٧١٨ — مسألتاد : متى تحققت مسئولية حارس البناء على الوجه الذى تقدم ذكره ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما بينا . فنفصل الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ — ما هو الخطأ

٧١٩ — ما الذى يثبته المضرور : تقدم أن حارس البناء مسئول عن تهدمه ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

فالمضرور هو الذى يكلف أولا بإثبات أمرين :

(١) أن الضرر الذى أصابه نجم عن تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً . وقد بينا متى ينجم الضرر عن تهدم البناء .

(٢) أن المدعى عليه هو حارس البناء الذى تهدم . وقد بينا كيف يتحدد حارس البناء .

٧٢٠ — ما الذى يثبته حارس البناء : فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان على حارس البناء ، حتى يدفع مسئوليته عن طريق نفى الخطأ ، أن يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه(١).

= المادة ١٧٨ ، بل أيضا بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه . أما إذا وقع الضرر من المفرقعات ذاتها لا من تهدم المصنع ، وجب تطبيق المادة ١٧٨ ، ويكون حارس المفرقعات مسئولا ولا يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى .

(١) أما فى القانون المدنى الفرنسى ، فقد قدمنا أن المضرور هو الذى يجب عليه أن يثبت فى جانب مالك البناء إهمالا فى الصيانة أو عيباً فى البناء . فالإهمال فى الصيانة أو العيب فى البناء غير مفترض فى القانون الفرنسى ، بل يجب على المضرور إثباته . وهو فى القانون المصرى الجديد مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، وحارس البناء هو الذى يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا .

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض القانون أمرين :

(أولا) أن التهدم سببه إما إهمال فى صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه

(ثانياً) أن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء ، فهو الذى قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه ، فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء .

ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض فى جانبه ، هو الإهمال فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه ، حتى تداعى البناء وتهدم فأصاب الغير بالضرر .

§ ٢ — إلى أى حد هو مفترض

٧٢١ — الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك : هذا الخطأ المفترض فى جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال فى صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثانى يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس .

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس ، أما الشق الآخر فلا يقبل .

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن ينفى الشق الأول ، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالا فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه . وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس قائماً كما ينبغى بصيانته وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، كحريق شب فى البناء أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن نفسه الخطأ المفترض ، ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على المضرور

أن يثبت خطأ فى جانبه (١).

أما إذا لم يستطع أن ينفى الشق الأول ، بقى هذا الشق مفترضاً فى جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس ، ويعتبر الإهمال فى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه . ولا يستطيع الحارس فى هذه الحالة أن يدفع عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذى وقع ، بأن يثبت مثلا أن زلزالا كان هو السبب فى التهدم وهذه هى القوة القاهرة ، أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير ، أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه، وكانت مسئولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض ، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز .

٧٢٢ — الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية : والخطأ المفترض بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور . فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلا وتهدم البناء فأصابه بالضرر ، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسئولية عقدية مصدرها عقد الإيجار ، ولا محل للمسئولية التقصيرية (٢). وإذا كان المضرور نزيلا فى فندق ، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسئولية تقصيرية . وقد قدمنا أن المسئولية

---

(١) لكن إذا ثبت أن التهدم وقع فى أثناء القيام بهدم البناء أو بإصلاحه ، فإن كان التهدم راجعاً إلى إهمال فى الصيانة أو إلى قدم فى البناء أو إلى عيب فيه ، تحققت المسئولية بمقتضى الخطأ المفترض . أما إذا كان التهدم لم يقع إلا نتيجة للهدم أو للاصلاح ، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ فى جانب المسئول .

وقد قدمنا أن البناء إذا شبت حريق فيه أو خربته متفجرات أو قنابل ، وبقى خرباً ، ثم تهدم بعد ذلك ، قامت المسئولية على الخطأ المفترض . أما إذا تهدم البناء فوراً بشبوب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القنابل ، لم تقم المسئولية على خطأ مفترض ، بل طبقت القواعد العامة ، ووجب إثبات الخطأ فى جانب المسئول .

(٢) أنظر عكس ذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٧٨ — فقرة ٢٨٢ ، وما أورده من أحكام القضاء المصرى . وانظر عكس ذلك أيضاً : استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ — وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧٢ — وفى ٥ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ .

العقدية تنفى المسئولية التقصيرية .

أما إذا كان المضرور خادماً لحارس البناء أو تابعاً له ، فإن العقد فى هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع ، فيكون الحارس مسئولا قبل التابع بمقتضى المسئولية التقصيرية ، ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى بيناه .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء(*)

٧٢٣ — النصوص القانونية وتطور المسئولية عن الأشياء : لم يشتمل القانون المدنى القديم على نص خاص لتحديد مسئولية حارس الأشياء ، فكانت هذه المسئولية تترك للقواعد العامة .

(*) بعض المراجع : سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) — جوسران فى المسئولية عن فعل الشىء (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ فقرة ٥٢٩ — فقرة ٥٥٥ — بلانيول دراسات فى المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — مازو ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١٣٦٨ — جودميه فى تطور جديد فى نظرية المسئولية المدنية (المجلة الفصلية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦١٢ — فقرة ٦٢٥ — كولان وكابيتان ولاموراندير ٢ فقرة ٣٦٦ — فقرة ٣٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١٠٨٣ — الرسائل : بيزيه (Pisier) باريس ١٨٩٩ — بونيه (Bonnet) بواتيه ١٩٠٨ — فيترى (Vitry) ليل ١٩٢٢ — توزان (Tauzin) باريس ١٩٢٥ — بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ — ديلا كرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ — ليسو (Luceo) رن ١٩٢٨ — كورنى (Cornu) مونبلييه ١٩٢٩ — كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩ — لارتيج (Lartigo) تولوز ١٩٣١ — الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ — جربوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ — ليبمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ — بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ — دافيد (David) ليل ١٩٣٤ — فورز (Forse) مونبلييه ١٩٣٦ — لاردنواه (Lardennois) نانسى ١٩٣٦ — بينيكس (Beineix) باريس ١٩٣٧ — فيزيل (Fiezel) باريس ١٩٣٧ — سن (Sen) باريس ١٩٣٩ — لانديل (Landelle) رن ١٩٤٠ — ليفبفر (Lefebvre) باريس ١٩٤١ — جولدمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٧٢ — الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٣٠٩ — فقرة ٣١٧ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٢٠ — فقرة ٥٢٦ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١١٣ — فقرة ١٢١ .

وقدتطورت المسئولية عن الأشياء غير الحية (choses inanimées) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادىء الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ فى جانب المسئول . ولم يفكر واضعو القانون المدنى الفرنسى فى تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسئولية . بل إن المشرع الفرنسى عند ما قرر المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، فنص على أن «الشخص مسئول ... عن الأشياء التى تكون فى حراسته » ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك، وهما المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء ، بعد أن مهد لها بهذه العبارة العامة . أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء ، فما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسى لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسئولية الإنسان عن فعله ، وهى القاعدة التى قررها فى المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ ، فكل ضرر يصيب الغير من شىء يسأل عنه صاحب هذا الشىء إذا أثبت المضرور خطأ فى جانبه ، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شىء فى يده . وقد سار الفقه والقضاء فى فرنسا على هذا الرأى وقتاً طويلا حتى أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن النظم الاقتصادية لم تبق على حالها ، بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيما ، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة ، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته ، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة ، فهى إذا ما أفلتت من يده — وكثيراً ما تفلت — لا يلبث أن يكون ضحيتها . وكان لذلك أكبر الأثر فى تطور المسئولية عن الأشياء . فإن من يستخدم هذه المخترعات ، فيعرض الأرواح للخطر ، والأموال للتلف ، من الحق أن يكون خاضعاً فى المسئولية عن الضرر الذى تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التى يخضع لها فى مسئوليته عن فعله الشخصى . وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ فى جانب صاحب الشىء ، فإنه يتعذر على المضرور فى أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك تلمس الفقه والقضاء فى فرنسا طريقاً يجعلان به عبء الإثبات على صاحب الشىء لا على المضرور ، فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادى والحاجات الاجتماعية ، فأخذا يتوسعان فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى

الفرنسى(١) ، فجعلاها تقرر المسئولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض فى جانب من يوجد الشىء فى حراسته(٢) .

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء فى فرنسا فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ توسلا بطريقين آخرين : (أ) الطريق الأول هو تطبيق المسئولية العقدية على حوادث العمل وحوادث النقل ، وهذه هى أكثر الحوادث شيوعاً . أما عن حوادث العمل ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضى ، قبل صدور تشريع سنة ١٨٩٨ ، بأن العامل المصاب يجب أن يثبت خطأ فى جانب رب العمل حتى ينال تعويضا . ولما كان الإثبات فى أكثر الأحوال متعذراً ، فقد كان العامل هو الذى يتحمل الخسارة وحده ، وقلما كان ينجح فى دعوى التعويض التى يرفعها على صاحب المصنع . فقام فقيهان ، أحدهما فى فرنسا (Sauzet) والآخر فى بلجيكا (Sainctelette) ، يذهبان إلى أن مسئولية رب العمل نحو العامل مسئولية عقدية ، لأنه التزم بمقتضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل التزم رب العمل أن يعوضه عن الضرر الذى أصابه ، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ فى جانبه ، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات . وقد صادفت هذه النظرية نجاحا فى الفقه ، فتبعها بعض الفقهاء ، إلا أن القضاء لم يأخذ بها . ثم صدر بعد ذلك تشريع سنة ١٨٩٨ فعدمت المسألة أهميتها العملية . أما عن عقد النقل ، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، التى تجعل أمين النقل مسئولا عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء وقدرا أو بقوة قاهرة ، يمكن تطبيقها على نقل الأشخاص ، فإذا أصيب شخص بضرر فى أثناء النقل كان أمين النقل مسئولا ، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسئولية ، ذلك أنه التزم بالعقد أن يحافظ على سلامة المتعاقد معه . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ فى أول الأمر بهذا المذهب ، وإن كان قد أصبح يميل إليه فى أكثر أحكامه . (ب) والطريق الثانى هو التوسع فى تفسير المادة ١٣٨٦ ، فقد أخذ القضاء الفرنسى فى أواخر القرن التاسع عشر يتوسع فى تفسير كلمة « البناء » ، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمنقولات الأخرى ، وأصبح صاحب الشىء — عقاراً كان أو منقولا — بعد هذا التفسير مسئولا عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً فى الشىء أو نقصاً فى تعهده ، قياساً على البناء . ولا خلاص من المسئولية إلا إذا ثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدرا أو بقوة قاهرة أو بفعل الغير أو بخطأ المصاب ، فصار عبء الإثبات على صاحب الشىء . غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦ ، فهى تذكر « البناء » و « التهدم » ، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسر به النص مما تقدم ذكره . لذلك لم يثبت القضاء الفرنسى طويلا على هذا التفسير ، وعدل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ تكأة يستندون إليها فى تقرير المسئولية عن الأشياء .

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا أن يصوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يحمل فيها صاحب الشىء تبعته (théorie des risques) دون أن تستند المسئولية فى ذلك إلى أى خطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً . وفى مقدمة هؤلاء الفقهاء سالى (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، ولكن القضاء لم يتمش إلى هذا الحد ، بل استمر يرى أساس المسئولية عن الأشياء خطأ فى جانب الحارس .

على أن هذا الأساس الجديد الذى بنيت عليه المسئولية عن الأشياء — وهو الخطأ المفترض فى جانب الحارس — بقى فى تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم . فقد كان افتراض الخطأ بادىء الأمر قابلا لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل للذلك . وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التى يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها ، ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تفريق بين الشىء الخطر ، يكون الخطأ فيه مفترضاً ، والشىء غير الخطر ، يطلب فيه إثبات الخطأ ، ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأى شىء ، منقولا كان أوعقاراً ، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان ،خطراً أو غير خطر . ولم يستبق القضاء الفرنسى إلا معنى «الحراسة» (**garde**). فهو يبنى المسئولية عن الشىء على «خطأ فى حراسته» (**faute dans la garde**). وهذا الخطأمفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس. ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التى تطورت بهما نظرية المسئولية عن الأشياء، فقد انقلبت فى بضع عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع. ولا شك فى أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير ، وهى قد تمشت فى ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع ، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية . وأيد الفقه القضاء فى ذلك ، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المخترعات .

أما فى مصر فكانت الحالة فى القانون المدنى القديم تختلف عنها فى فرنسا من حيث النصوص القانونية . فالقانون القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، وقد رأينا أن القضاء الفرنسى قد استند إلى هذا النص فى تأسيس نظريته الجديدة فى المسئولية عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصرى أحكاماً تذهب إلى جعل المسئولية عن الشىء مبنية على خطأ مفترض فى جانب الحارس(١) ، وبنت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسئولية

---

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم=

العقدية (١) ، وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان(٢) . بل هناك من الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا ، فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند فى ذلك إلى نص معين (٣) . ولكن القضاء المصرى فى مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس (٤) . ولم يكن فى الواقع من الأمر مستطيعاً

=٥٩ — وفى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٤ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ ص ٤٣٥ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٤ ص ٧٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ — وفى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٣٧ — وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٥ .

(١) استئناف مختلط فى ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ — وفى ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ — محكمة اللبان الجزئية الوطنية فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٣/١ .

(٢) محكمة استئناف أسيوط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ ص ٢٤٤ .

(٣) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ ص ٥٦٠ — محكمة الزقازيق الكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة) . وأنظر أيضاً محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ ص ٢٣٣ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٤) استئناف وطنى فى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٤ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ ص ١٠ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٥٠ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ — وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ ص ١٤٩ — وفى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ .

ولكن القضاء المصرى كان يتساهل كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع . وقد جاء فى الموجز للمؤلف (فقرة ٣٧٢ ص ٣٧٨) فى هذا المعنى ما يأتى : « فالقضاء المصرى يتشدد فى إلزام من يكون الشيء فى حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطنى فى ١٩ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٦ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ١١ — استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٠ — وفى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨) — ثم هو يتساهل فى تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ — وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥) — فهو فى الواقع يستبدل بالقرينة القانونية التى يقيمها القضاء الفرنسى قرينة قضائية =

– من حيث النصوص القانونية – أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة

= يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ — وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ ص ١٦٩) » . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر الوطنية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٥٦/٢ ص ٣٢٦ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ : المحاماة ١٦ رقم ٤٠٨ ص ٨٩٢ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٥ ص ٨٢٤ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ — استئناف مختلط في ١٧ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٨ — وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٨ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٩٣ — وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بإلزام وزارة الأشغال العمومية بتعويض الضرر الناشيء عن الخلل الذي أحدثه في منزل المدعي تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنبوبتها ، وأسست تقريرها خطأ الوزارة على تقصيرها في مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتعهدها في باطن الأرض والكشف عليها من آن لآخر للتأكد من سلامتها ودوام صلاحيتها ، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء المصري كان يصرح بوجوب إثبات الخطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون المدني المختلط لا يعرف لا المسئولية المادية ولا المسئولية القائمة على خطأ مفترض عن الأشياء غير الحية (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦) ، وقضت أيضاً بأن المسئولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٩ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤) . وكان لا بد من إثبات خطأ في المسئولية عن الحريق (استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — وفي ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٢ — وفي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١) ، وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا ، أما في القانون المدني الجديد في مصر فالمسئولية عن الأشياء التي تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق . وكان لابد من إثبات خطأ أيضاً في المسئولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٤ — وفي ٢٠ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ ص ١٨٢ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١) .

مثل النظرية التى أخذ بها القضاء الفرنسى (١) .

فجاء القانون المدنى الجديد بالنص المطلوب . وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية ، وحاجات الصناعات الناشئة ، فلم يطلق المسئولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وهى مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسى كما رأينا . فنصت المادة ١٧٨ من هذا القانون على ما يأتى :

«كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة (٢)» .

---

(١) وقد جاء فى هذا المعنى فى الموجز للمؤلف ما يأتى : «ولكن القضاء المصرى فى مجموعه — أهليا كان أو مختلطاً — لا يزال يرى أن المسئولية عن الشىء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس . فهو لا يزال فى الحالة التى كان عليها القضاء الفرنسى قبل تطوره الأخير فى أواخر القرن التاسع عشر . وهو فى الواقع من الأمر لا يستطيع — من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التى أخذ بها القضاء الفرنسى . بل هو ليس فى حاجة — فى الوقت الحاضر — إلى هذه النظرية الجديدة . فالظروف الاقتصادية فى مصر تختلف عنها فى فرنسا : الصناعة لا تزال فى عهد الطفولة ، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً داهماً على الحياة الاجتماعية ، بل إن الصناعة الناشئة فى مصر تتطلب فى أول عهدها أن تشجع ، لا أن يثقل القضاء كاهلها بالتشدد فى مسئولية أصحاب المصانع ، سيما أن تشديد المسئولية يقتضى تقدم نظام التأمين ، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تفاجأ به من خسارات فادحة تترتب على هذا التشديد . على أنه إذا وجد فى حالة مصر الاقتصادية ما يستدعى التشديد فى المسئولية عن الأشياء، إما لحماية طائفة مستضعفة هى طائفة العمال ، أو لدرء الخطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها ، فإن القضاء المصرى قد عالج الأمر فى حزم وحكمة ، فاستعاض عن القرينة القانونية التى قال بها القضاء الفرنسى بقرينة قضائية ، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعى ذلك» (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ ص ٣٧٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة» . وقد أقرت لجنة المراجعة =

وهذه الأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد ليس لها أثر رجعى فهى لا تسرى إلا على الحوادث التى تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر

= المادة على أصلها ، وأصبح رقمها ١٨٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، قررت الأغلبية فى أول الأمر حذف المادة اكتفاء بما تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة فى قوانين العمل . ثم رأت اللجنة بعد ذلك أن تنتقل إلى النقيض من موقفها الأول ، فعدلت النص على الوجه الآتى : « يكون الشخص مسئولا عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة فى حراسته إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بخطأ المضرور أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث فجائى ، هذا مع عدم الإخلال بما ورد فى ذلك من أحكام خاصة » . فجعلت النص عاما ينصرف إلى الأشياء جميعاً ، سواء ما كان من قبيل الآلات الميكانيكية أم غيرها . ثم عادت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلى فأقرته مع تعديله تعديلا طفيفاً بأن قدمت عبارة « أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة » على عبارة « آلات ميكانيكية » ليكون المعنى أكثر وضوحاً . وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة فى الحراسة ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى . وأصبح رقم المادة ١٧٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٤ — ص ٤٣٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يورد التقنين المصرى (القديم) أى نص يتعلق بالمسئولية عن الجمادات . وإزاء ذلك عمد القضاء المصرى إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها ، كما فعل فى المسئولية عن البناء ، فجعل ترتيبها معقوداً بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشىء . ولكنه جرى على التسامح كل التسامح فى استخلاص هذا الخطأ . فهو يكتفى بأقل إجمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوى فى الشىء من أسباب الخطر ، للقول بتوافر الخطأ الذى تنبغى إقامة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ ، يستعيض بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية فى هذا الصدد . فليس من العدل فى شىء مثلا أن يلقى عبء الإثبات على المضرور فى حادث من حوادث السيارات ، إذ يغلب أن يمتنع عليه عملا أن يتبين كيفية وقوع الحادث ، وليس شك فى أن سائق السيارة أقدر من غيره على تعليل ما وقع . ولهذه العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المفروض ، مقتفياً فى ذلك أثر التشريعات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسى نفسه فى مراحل تطوره الأخيرة . على أن المشروع لم يمض فى هذا السبيل لقصى من غاياته . بل اجتزأ بما تقتضيه أحوال البلاد فى المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسى فى الحديث من أحكامه فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها ، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية . وبوجه عام على الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وبديهى أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر اللازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ فى الحراسة : أنظر فى هذا المعنى المادتين ١٥٢ و ١٥٣ من التقنين اللبنانى والمادة ١٣١ من التقنين البولونى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٥ — ص ٤٣٦) .

سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ القانون الجديد . والعبرة هنا ، كما فى قواعد المسئولية عن البناء ، بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن فعل الشىء ، فإذا وقع هذا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالقانون الجديد .

ونبحث الآن – كما بحثنا فى الحالات الأخرى – متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية ، تطبيقاً للأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء

٧٢٤ – شرطان لتحقق المسئولية : تتحقق المسئولية بتولى شخص حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشىء . فعند ذلك يكون حارس الشىء مسئولا عن هذا الضرر .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) أن يتولى شخص حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشىء .

§١ – حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٧٢٥ – تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة شىء . فنبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشىء .

٧٢٦ – الحراسة : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهى ليست فى يد مالك الشىء ضرورة ، ولا فى يد حائزه ، ولا فى يد المنتفع به . إنما الحراسة هى السيطرة الفعلية على الشىء قصداً واستقلالا ، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن المالك هو حارس الشىء ، وعليه هو ، إذا رفعت ضده دعوى المسئولية ، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث .

ويبقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده ما دام لم يتخل عنه (abandon). فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته، ولم تنتقل الحراسة إلى أحد. وإذا كان المالك قد ملك بعقد بيع، فالبائع قبل التسليم هو الحارس، ويصبح الحارس هو المشترى بتسليم الشيء إليه. ولو كان عقد البيع باطلا أو قابلا للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشترى الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية ، لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشيء .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنتفع (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية ، ما دامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء . فسارق الشيء يعتبر حارساً له ، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولا بمقتضى الخطأ المفترض ، ثم لا يكون مسئولا إذا ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر . أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنتقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء ، ويغلب أن يقع ذلك في المنقول(١) .

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشيء ، فحارس السيارة هو في الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق ، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها. فإذا ثبت خطأ في جانب السائق ، أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه ، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ . وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق ، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً . وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية

---

(١) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها ، فإن المعير في هذه الحالة يستبقى الحراسة عادة . وقد قضت محكمة النقض بأن المعير لسيارة بسائقها يكون مسئولا عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيامه بمأموريته في مدة الاستعارة (نقض في ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ ص ٩٣٢) .

على السيارة ، فيصبح التابع فى هذه الحالة هو الحارس . وفى جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها ، فإنه يعتبر فى هذه الحالة حارساً ويكون مسئولا بمقتضى خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولا باعتباره متبوعاً .

وإذا أودعت السيارة فى «الجاراج» ، فإن كان صاحب «الجاراج» له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس ، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة . وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته فى مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف ، ويغلب فى هذه الحالة أن تبقى السيارة فى حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف (١) .

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكى لإصلاحها تنتقل فى الغالب حراستها إليه ، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها . ولا يبقى صاحب السيارة حارساً فى هذه الحالة ، إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها .

ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة . والحارس هو المعلم . وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته ، كان هذا خطأ ثابتاً فى جانبه . أما الممتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً ، والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

٧٢٧ — الشىء : كل شىء مادى غير حى فيما عدا البناء يدخل فى هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة .

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل فى النطاق المتقدم الذكر . وقد سبق تحديد المسئولية عن الحيوان وعن البناء . والمسئولية عن الحيوان لا تختلف فى أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسئولية عن

---

(١) وعمل المشرف هو أن يستبقى السيارة فى مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى فى حراسة صاحبها . فإذا نقل شخص السيارة من مكان إلى آخر ، ولو من غير علم المشرف ، فأحدثت ضرراً ، كان المشرف هو المسئول . وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً ، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

الأشياء . أما المسئولية عن البناء فتختلف ، وقد قدمنا أن الخطأ فيها ذو شقين ، أحدهما مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ومن ثم وجب التمييز في الشيء بين ما إذا كان بناء أو غير بناء . فإن كان بناء ، استبعدت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذى بيناه . وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضى عناية خاصة ، طبقت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذى سنبينه .

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد فى المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً . ولم يشترط القانون فى الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك فى غيرها ، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتى ، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد فى المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة . وسنرى فيما يلى متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ، كما سنرى أن فكرة العناية الخاصة هى فكرة نسبية ، فالشيء الواحد قد تستدعى حراسته عناية خاصة أو لا تستدعى هذه العناية بحسب ما يختلف عليه من وضع .

ويستوى أن يكون الشيء منقولا ، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخسفت والمبانى إذا نجم الضرر لا عن تهدمها ، أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع .

ولا يدخـــل الشيء المباح (res nullius) ، إذ ليس له حارس يكون مسئولا عنه .

§ ٢ — وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨ — التدخل الإيجابى : يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء (fait de la chose) . ولا يكفى فى ذلك تدخل الشيء تدخلا سلبياً . فإذا وقفت عربة فى المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة ، أو كانت شجرة ثابتة فى مكانها لم تقتلعها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب

بضرر من ذلك ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة فى مكانها الطبيعى لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح ، كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشىء ، ولا يمكن القول فى مثل هذه الحالات إن الضرر الذى وقع هو من فعل الشىء ، لأن الشىء لم يتدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر ، بل كان تدخله سلبياً محضاً .

أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن فى غير وضعها الطبيعى ، أو كانت الشجرة قد اقتلعتها الريح فقذفت بها فى عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية فى غير مكانها الطبيعى أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون فى هذه الحالات من فعل الشىء ، وقد تدخل الشىء تدخلا إيجابياً فى إحداثه .

ويمكن القول إن الشىء تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر ، إذا كان هذا الشىء فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر (١).

والمفروض ، إذا أحدث الشىء ضرراً ، أن الشىء قد تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداثه . والمسئول هو الذى عليه أن يثبت أن الشىء لم يتدخل فى إحداث الضرر إلا تدخلا سلبياً ، فينتفى بذلك افتراض الخطأ ، ولا تتحقق المسئولية إلا بإثبات خطأ فى جانب المسئول .

٧٢٩ — عدم ضرورة الاتصال المادى المباشر : والتدخل الإيجابى لا يستلزم الاتصال المادى المباشر . فقد لا يتصل الشىء اتصالا مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر ، ومع ذلك يتدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة ، وإذا وقفت عربة وقوفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تفادى الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب « موتوسيكل » فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض ، ففى كل هذه الحالات تدخل الشىء تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشىء المضرور أو يتصل به اتصالا مادياً مباشراً .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٢١١ — ٩ مكرر ص ١٨٠ .

٧٣٠ — فعل الشيء وفعل الإنسان : وتجب الدقة في التمييز بين فعل الشيء (fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme) . ذلك أن المسئولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض ، أما المسئولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات . ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئوليتين ، ووجب البحث عن معيار للتمييز فيما بينهما .

وقد سار القضاء الفرنسي مراحل متعاقبة في طريقه إلى هذا التمييز . في المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء (fait autonome de la chose) . ويتحقق ذلك في أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان . (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان ، ولكن الشيء انطوى على عيب ذاتي كان هو السبب في وقوع الضرر — ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً ، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان ، ويقضي بوجوب إثبات الخطأ ، في حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ ، وهي حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتي . فهذه حالة لا تدخل في الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما من فعل الشيء ، فيجب فيها إثبات الخطأ في جانب السائق ، وهو أمر متعذر في الكثرة الغالبة من الحوادث (١) . وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه ، حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه ، وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي . فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولا بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر (٢) .

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية ، في المرحلة الثانية ، معياراً بمعيار . وجعلت معيارها الجديد في حكم لها مشهور صدر في

---

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان ، ويبدو أن افتراض الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم ، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من فعلهم هم لا من فعل هذه الأشياء . مثل ذلك مبضع الجراح وآلات الأشعة .

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطبق فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات .

٢١ فبراير سنة ١٩٢٧(١) ، أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة . وهـذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به القانون المصري الجديد ، حيث يقول في المادة ١٧٨ : «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ...(٢)». وبقى معيار «الشيء الخطر» تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده ، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة ، حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة بحكم مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ (٣) ، قضت فيه على

---

(١) دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٧ مع تعليق ريبير — سيريه ١٩٢٧ — ١ — ١٣٧ مع تعليق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً لحراسة واجبة ، وذلك بسبب ما يمكن أن يعرض له الناس من الأخطار » . (... mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.)

(٢) ومعيار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير ، ولا يزال يقول به — هـذا وينكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت إليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشيء الخطر . فالمحكمة إنما قالت إن المسئولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشيء للحراسة لما يعرض الناس له من الخطر . فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر ، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة ، فترجعها إلى ما يعرض الشيء له الناس من الخطر (مازو ٢ فقرة ١٢٢٩) .

(٣) دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٥٧ مع مذكرة ماتير (Mattor) وتعليق ريبير — سيريه ١٩٣٠ — ١ — ١٢١ مع تعليق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص المشار إليه (م ١٣٨٤ فقرة ١) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وبتوجيه من يد الإنسان ، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة ، ومن ثم يجب على المضرور للحصول على تعويض ما أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق . ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذي أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منطوياً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر ، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسئولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته » .

» Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384 §1.) =

معيار «الشيء الخطر» ، فلم تردده في أسباب حكمها ، بل ربطت المسئولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la garde de la chose) ، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر .

فأخذ الفقهاء ، في مرحلة ثالثة ، يحللون فكرة الحراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) . فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء ومنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقى صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية ، فيكون ، هو دون السارق ، المسئول عن الشيء المسروق .

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي ، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية ، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة ، في في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١(١)، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم ، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشيء المسروق : ويكون مسئولا عما يحدثه هذا الشيء من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه . واعتبر الأستاذان

= par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384 §I, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.

(١) داللوز ١٩٤٢ — ١ — ٢٥ مع تعليق ريبير — سيريه ١٩٤١ — ١ — ٢١٧ مع تعليق هنري مازو .

مازو والجمهرة من الفقهاء أن حراسة الشيء ، كحراسة الحيوان ، هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره ، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة . فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق لأنه يسيطر عليه سيطرة فعلية ، وإن كانت سيطرته غير مشروعة . ومالك الشيء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه ، وهي سيطرة مشروعة . ويرتب الأستاذان مازو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا كان الشيء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه. ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشيء ، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء ، ولا يكون مسئولا في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا أفلت الشيء من سيطرة الحارس ، وخرج زمامه من يده . وأحدث ضرراً ، كان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس ، ويكون هنا مسئولا بمقتضى خطأ مفترض (١). وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد ، « إفلات زمام الشيء من سيطرة الحارس » ، يذهبان إلى أن الشيء إذا أحدث ضرراً ، فالمفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشيء ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشيء قصداً إلى إحداث الضرر ، فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس (٢) . ومن ثم فكل ضرر يحدث بتدخل إيجابي من الشيء ، ولم يكن مقصوداً من حارسه : يعتبر أنه قد حدث «بفعل الشيء(٣)» .

٧٣١ — القانون المدني الجديد : والقانون المدني الجديد ربط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً .

لذلك لسنا في حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التي يقوم عليها الخطأ المفترض في المسئولية عن الأشياء في القانون الجديد . فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة «العناية الخاصة» التي تتطلبها حراسة الشيء . ولا يجوز اعتبار

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٤٩ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٢١٨ .

أن الضرر قد حدث بفعل الشيء إلا فى حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر ، أى كانت فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . (والثانية) أن يكون هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وهذا أقرب ما يكون إلى معيار «الشيء الخطر» كما قدمنا . فإذا كان الشيء فى حراسة شخص ، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته ، ثم أحدث الشيء ضرراً ، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر فى بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده ، فأحدث الضرر . أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة ، فلا يفرض أن الحارس قد قصر فى بذل العناية الواجبة ، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير .

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ؟ قدمنا أنه يجب فى ذلك الرجوع إلى طبيعة الشيء ، ثم إلى ظروفه وملابساته . ويترتب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشيء تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض . على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية ، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد ، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة ، نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى (dynamisme propre). وليست الآلات الميكانيكية وحدها هى التى تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها . بل توجد أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون فى نفس الوضع . مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمناجل والمفرقعات وما إلى ذلك (١).

على أن الشيء قد لا تقتضى حراسته عناية خاصة بالنظر إلى طبيعته ، ولكن

---

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة فشبت حريق من جراء هذا الانفجار ، كان الحارس مسئولا بمقتضى خطأ مفترض . وفى فرنسا لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطأه بمقتضى قانون ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ .

الظروف والملابسات التى وجد فيها تجعل هذه الحراسة فى حاجة إلى عناية خاصة . فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر ، كل هذه ليست أشياء خطرة بطبيعتها، ولكن قد تصبح خطرة فى ظروف معينة. فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شىء خطر ، وهى ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات . والشجرة ليست خطرة ما دامت فى وضعها الطبيعى، فإذا اقتلعتها الريح ورمت بها فى عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً . والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملا . والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل فى وضع بحيث ترتطم به الناس . وهذا هو الشأن فى الرمال إذا انهالت ، وفى الصخر إذا انحدر (١) .

ومن ذلك نرى أن الشىء تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته . وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، أى إذا تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر. وهنا يتلاقى القضاء الفرنسى مع نصوص القانون المصرى الجديد (٢) .

المطلب الثانى

على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٣٢ — مسألتاد : متى تحققت مسئولية حارس الشىء على النحو الذى قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس . فنبين

---

(١) أنظر فى تطبيقات أخرى متنوعة مازو ٢ فقرة ١٢٥٨ — فقرة ١٢٧٠ .

(٢) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأى (أنظر مازو ٢ فقرة ١٢٣٩) . وهما يقولان إن كل شىء قد يصبح خطراً فى ظروف معينة . وهــذا صحيح . وهو منذ يصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . فإذا أحدث ضرراً غير مقصود ، فرض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس . فيرجع الأمر إذن إلى « الخطر النسبى للأشياء بالنسبة إلى الظروف الملابسة » ، وما إذا كان الشىء قد جعل فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً ، فعندئذ تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان فى شرح القضــاء الفرنسى . فهما كما رأينا يرجعان بعد إسهاب طويل إلى فــكرة التدخل الإيجابى . وليست هذه الفــكرة إلا فــكرة الشىء الخطر بالنسبة إلى وضعه وملابساته .

الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ — ما هو الخطأ

٧٣٣ — خطأ في الحراسة : الخطأ المفترض فى جانب حارس الشىء ، كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان، هو خطأ فى الحراسة (faute dans la garde). فإذا ألحق الشىء ضرراً بالغير ، كان المفروض أن زمام هذا الشىء قد أفلت من يد حارسه ، وهذا هو الخطأ .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ فى الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم ، اخترعته الصياغة القانونية ليخفى تحته الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً ، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذى ألقى إلى المجتمع بشىء يصح أن يكون مصدراً للضرر ، وانتفع به ، فإذا ما وقع الضرر فعلا وجب أن يتحمل تبعته (١). والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية فى المسئولية عن الحيوان . فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشىء هو تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشىء لا الحارس، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى.

٧٣٤ — ما الذى يثبته المضرور : والمضرور لا يكلف إثبات الخطأ لأنه مفترض ، ولكنه يكلف إثبات الشروط التى تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء . فيجب عليه أن يثبت أولا أن المدعى عليه هو حارس الشىء الذى أحدث الضرر ، والمفروض هنا أن الحارس هو المالك ، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشىء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر ، وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول . ويجب على المضرور أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية ، والمفروض كما قدمنا أن الشىء قد تدخل تدخلا إيجابياً

---

(١) أنظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٥٥٣ .

فى إحداث الضرر ، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً .

§ ٢ — إلى أى حد هو مفترض

٧٣٥ — الافتراض لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان .

فلا يجوز إذن للحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأً أو أنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يفلت زمام الشىء من يده . وقد كان القضاء الفرنسى فى أولى مراحل تدرجه يجعل الخطأ مفترضاً افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، ويجيز للحارس أن ينفى الخطأ . ثم تدرج إلى جعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، فلم يعد الحارس يستطيع أن ينفى الخطأ عن نفسه (١).

وقد كانت هذه المسألة هى الميدان الذى هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض . فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلا لإثبات العكس . ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأً ، فإلصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تحايلا لإقامة المسئولية على أساس خطأ وهمى لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه . وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث ، فى حكمها الذى أصدرته فى دوائرها المجتمعة فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ ، عن «افتراض المسئولية» (présomption de responsabilité) ، لا عن «افتراض الخطأ» (présomption de faute). ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذى قامت عليه مسئولية حارس الشىء هو خطأ فى الحراسة. والأصل فى ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بألا يجعل زمام الشىء يفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر. وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، لا التزام ببذل عناية (obligation de moyen). فإذا أفلت زمام الشىء من يد حارسه ، فقد

---

(١) أنظر تفصيل ذلك فى مازو ٢ فقرة ١٢٩٧ .

وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس(١) .

ونقرر هنـا ما قررناه فى المسئوليـة عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم فى العلاقة ما بين الحارس والمضرور . وقد قدمنا أن المضرور هو الذى ينتفع بهذا الافتراض ولا يضار به ، فلا يجوز أن يحتج به عليه . كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشىء الضرر لذاته (٢) . وقد تجتمع مسئولية حارس الشىء مع مسئولية المتبوع فى شخص واحد . فإذا كان مالك الشىء قد دفعـه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة ، وألحق الشىء ضرراً بالغـير ، فإن المـالك هنا يكون مسئولا بأحـد اعتبارين : إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً فى جانبه ، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ فى جانب التابع حتى يقوم الخطأ المفترض فى جانب المتبوع . والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضرور . فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب ، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة فى علاج المريض، لا يكونان مسئولين مسئولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض ، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسئولية عقدية ، وقد مر بيان ذلك . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع ، وأصاب شىء فى حراسة المتبوع التابع بالضرر ، كانت مسئولية المتبوع مسئولية عقدية، لا مسئولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلا بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولا مسئولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

وحارس الشىء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئوليته تقوم على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه .

---

(١) أنظر مازو ٢ فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٨ وفقرة ١٣٢٠ وفقرة ١٣٢٦ وفقرة ١٣٢٧ — ويلاحظ أن القضاء الفرنسى عند ما تكلم عن افتراض المسئولية ، جعل المفروض هو علاقة السببية لا الخطأ ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القـانون المدنى الفرنسى ، والسببية هنا مفترضة افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، وهى تنتفى بإثبات السبب الأجنبى .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٧٢ — ٢ .

٧٣٦ – جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية : ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذي بيناه ، لم يبق أمامه لدفع المسئولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع . وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي قوة قاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المصاب أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول : «...ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه» . ثم ينتهي النص بهذه العبارة : «هـــذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة» . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسئولية رب العمل عن حوادث العمل ، فهي مسئولية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل تقوم على أساس تحمل التبعة

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

تمهيـــد

٧٣٧ — الإثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام : كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانونى يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به فى حدود مالحق الغير من خسارة. فإذا استولى شخص على ملك غيره ، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانونى ، وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة ، يكون قد أثرى دون سبب قانونى على حساب الغير ، فيلتزم برد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو وما افتقر به الغير .

وقاعدة الإثراء بلا سبب على هذا النحو الذى بيناه تعتبر من أولى قواعد القانون . تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعى . وهى فى غير حاجة إلى تبرير ، إذ تحمل فى طياتها ما يبررها . بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام فى فجر التاريخ ، وهذا مبلغ حظها من البداهة القانونية . وهى على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع . وهذا هو من المصادر الأولى التى عرفها القانون(١) .

٧٣٨ — على أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد عرفت منذ القديم ، فهى لم تعرف إلا على نحو غير متصل الأجزاء: عرفها القانون الرومانى لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة ، بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصى فى حالات محددة ، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنتظمها قاعدة عامة .

وكان حظ القاعدة فى العصور الوسطى ، سواء فى القانون الفرنسى القديم أو فى الفقه الإسلامى أو فى القانون الإنجليزى ، حظاً ضئيلا لايدانى حتى هذا المجال المحدود الذى ظفرت به فى القانون الرومانى .

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشتت الأجزاء ، فبقيت مختلطة بغيرها

(١) جيرار (Girard) موجز القانون الرومانى باريس سنة ١٩٢٤ ص٦٤٢ وما بعدها.

من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتى وكيان مستقل(١) ، حتى عهد قريب ، إذ تناولها القضاء فى فرنسا وفى مصر ، وتناولتها التقنينات الحديثة، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى . وكسبت القاعدة ذاتيتها ، وقامت مصدراً مستقلا إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام .

وسجل القانون المصرى الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة فى مراحل تدرجها .

ومن ثم يعنينا أن نتابع القاعدة فى تطورها التاريخى .

التطور التاريخى لقاعدة الاثراء بلا سبب

القانون الرومانى :

٧٣٩ — طائفتان من الدعاوى : عرف القانون الرومانى طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب : دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلا سبب (action de in rem verso). ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا فى حالات معينة حددت على سبيل الحصر . ولم يصل القانون الرومانى إلى وضع قاعدة عامة تشتمل على جميع الأحوال التى يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب . ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى .

٧٤٠ — دعاوى استرداد ما دفع دون سبب : وهذه تشتمل على الدعاوى الآتية :

١ — دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له ، وتسمى (condictio indebiti)

٢ — دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق ، وتسمى (condictio, cause date, cause non secutar) .

---

(١) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) فى كتابه « القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣ » بجدول من الماء يجرى تحت الأرض ، فينبت من القواعد القانونية المحددة ما يشهد بوجوده، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً .

٣ — دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمنعه من القيام بعمل غير مشروع (كمنعه من ارتكاب جريمة) ، أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه) . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam). فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال العهارة أو المقامرة ، امتنع الاسترداد .

٤ — دعوى يسترد بها المفتقر من المثرى ما افتقر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائنه ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob injustum causam) .

٥ — دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له فى أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود او كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق. وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمعناها الضيق. ولكنها لم تكن تباح إلا فى أحوال محددة على سبيل الحصر، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة . من ذلك أن المفتقر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد فى بعض الحالات ، كالمصروفات ينفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن النية ، وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر .

ويلاحظ فى شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن ظهور هذه الدعاوى فى القانون الرومانى كان نتيجة للشكلية (formalisme) والتجرد (abstraction) اللذين انطوى عليهما التعامل فى هذا القانون . فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه ، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع ، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض . وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع . ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع ، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى نظرية السبب.

(الأمر الثانى) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمفتقر (negotium contractus) إذ هى فى أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد فى عقد القرض (mutuum)(١)، فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائز أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض

(الأمر الثالث) أن الإثراء فى هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبى. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة ، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه ، فإن الإثراء هنا يكون محلا للطائفة الأخرى من الدعاوى وهى دعاوى الإثراء بلا سبب .

٧٤١ — دعاوى الإثراء بلا سبب: وهذه بدأت فى دائرة محدودة هى دائرة التعاقد الذى يتم ما بين شخص وآخر ، يكون تحت السلطة الأبوية ولداً ، أو تحت سلطة السيد عبداً فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد دون أن يكون هو طرفاً فيه ، جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى فى حدود افتقار من تعاقد مع الولد أو العبد .

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى ، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما . فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء ، كشريك تعاقد مع الغير فعاد التعاقد بنفع على الشركة . ولكن ظلت الحالات التى تباح فيها هذه الدعاوى هى أيضاً محددة ، ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب .

القانون الفرنسى القديم :

٧٤٢ — دعاوى استرداد مادفع دون سبب : لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق ، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الرومانى . وأظهر هذه التطبيقات هى دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa)(٢)

---

(١) أنظر سافينى (Savigny) فى القانون الرومانى (ترجمة جينو ١٨٥١ — ١٨٥٥) ص ٥١٣ — ص ٦١٧ — قارن جيرار موجز القانون الرومانى باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها .

(٢) أنظر دوما (Domat) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثانى الباب السابع الفصل الأول فقرة ١٠) .

وقد وقع تطور هام فى شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم . فقد ترتب على اعتبار السبب ركنا فى العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشىء الكثير من أهميتها . إذ كانت فى القانون الرومانى — وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول — ذريعة لتلافى النتائج التى تترتب على هذه الشكلية وهذا التجريد، فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع . أما بعد أن اعترف القانون الفرنسى القديم بالسبب ركناً فى العقد ، فقد أصبح العقد الذى لا سبب له أو الذى يكون سببه غير مشروع عقداً باطلا ، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا فى الحالات القليلة التى ينفذ فيها العقد رغم بطلانه ، أو فى الحالات التى يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

٧٤٣ — دعاوى الإثراء بلا سبب : وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح فى بعض حالات الإثراء . ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة . وعالج بوتييه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية. فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره ، معتقداً أنه يدبر شؤون نفسه ، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل ، اختل ركن من أركان الفضالة ، فلا تطبق أحكامها كاملة، وتطبق أحكام فضالة ناقصة(gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولى على استرداد ما أنفق فى حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى (١) .

الفقه الإسلامى(٢) :

٧٤٤ — لا يعترف الفقه الإسلامى بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا فى حدود هى أضيق بكثير من المدى الذى وصل إليه القانون الرومانى والقوانين اللاتينية والجرمانية التى اشتقت منه .

وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامى فى ذلك هو دفع غير المستحق . والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدراً للالتزام. فلو أن شخصا

(١) أنظر بوتييه (Pothier) فى باب الوكالة فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٩ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧ ص ٦٩ — ص ٧١ .

ظن أن عليه ديناً ، فبان خلافه ، رجع بما أدى(١) .

ولا يعترف الفقه الإسلامى بعمل الفضولى مصدراً للالتزام ، ويعتبر الفضولى متبرعاً لا يرجع بشىء على رب العمل (٢).

أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامى . على أنه توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلاسبب فى هذا الفقه ملزماً للمثرى على حساب الغير . ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذى افتقر لم يكن له بد من ذلك ، كما لو بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم ، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفل لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم تعديه (٣).

ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام فى الفقه الإسلامى إلا فى حالات قليلة .

القانون الإنجليزى (٤):

٧٤٥ — وإذا كان باب الإثراء بلاسبب ضيقاً فى الفقه الإسلامى ، فهو لا يزيد اتساعاً فى القانون الإنجليزى . وفى هذا يتقارب الفقه الإسلامى والقانون

(١) الأشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤ . وفى شرحه غمز عيون البصائر من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة. أنظر أيضاً فى هذا المعنى م ٢٠٢ و م ٢٠٧ من كتاب مرشد الحيران .

(٢) يؤيد هذا ما ورد فى مجمع الضمانات من النصوص الآتية : عمر دار امرأته لها بلا إذنها قال النسفى العمارة كلها لها ولا شىء عليها من النفقة فإنه متبرع ، وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته وسائر أملاكها (ص ٤٥٣) — المديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لايبرأ من الدين ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه (ص ٤٤٩) — لو قضى دين غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين ، وعليه القاضى مثلها (ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩).

(٣) وفى جامع الفصولين زرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذى العلو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالإنفاق . والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضى على الإنفاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطرار كان متبرعاً ، أما ذو العلو فمضطر فى بناء السفل إذ القاضى لايجبر صاحبه لو حاضراً فلا يأمر غيره لو غائباً ، والمضطر ليس بمتبرع (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٧٠٥) .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١ ص ٦١ — ص ٦٢ .

الإنجليزى ، ويبعدان معاً عن القانون الرومانى .

وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزى هو دفع غير المستحق ، شأنه فى ذلك شأن الفقه الإسلامى . فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن ، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، يسترد فى القانون الإنجليزى ما دفعه بشرط أن يكون الغلط فى الواقع لا فى القانون(١) .

وليس للفضولى فى القانون الإنجليزى الحق فى استرداد ما أنفقه من المصروفات إلا فى حالات محددة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة (٢).

أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزى إلا فى حالات خاصة (٣).

القانون الفرنسى الحديث :

٧٤٦ — المرحلة الأولى (إنكار المبدأ العام): لم يحتو قانون نابليون نصاً يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا القانون على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة، ودفع غير المستحق، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والغراس فى أرض الغير.

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegése) هو الذى تلى التقنين الفرنسى فى أول مراحله ، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها ، فقد ترتب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً فى هذه المرحلة الأولى . واقتصر

---

(١) أنظر كينر (Keener) فى شبه العقد ص ٨٥ وما بعدها و ص ١٣٩ وما بعدها.

(٢) أنظر جنكس (Jonks) م ٧٢٠ .

(٣) نذكر منها ما يأتى : ١ — إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذى أخذه من الغير عن هذه الخسارة ٢ — إذا استولى أحد الشركاء فى الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣ — إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزام فللآخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التى دفعها الطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به هو من الأعمال تنفيذاً للعقد . يراجع فى هذه الحالات جنكس (Jonks) م ٧٠٧ وما بعدها .

الفقه والقضاء فى فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة فى حالاتها الخاصة، دون أن يصلا فيما بينها .

٧٤٧ — المرحلة الثانية (الفضالة الناقصة) : ثم دخل القانون الفرنسي فى مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة فى النصوص التشريعية ، ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذى قال به بوتييه فيما قدمناه . وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضى بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة ، وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها ، وبخاصة ركن القصد فى تولى شؤون الغير (١).

٧٤٨ — المرحلة الثالثة (الاعتراف بالمبدأ العام منطويا على قيديه) :
ودخل القانون الفرنسي بعد ذلك فى مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين . العامل الأول زوال سلطان مدرسة الشرح على المتون ، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربقة النصوص التشريعيـة ، وأمكن أن تصاغ المبادىء العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص . والعامل الثانى أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب،ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات فى حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة . فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته ، مستقلا عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة .

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المعروفان أوبرى ورو فى كتابهما المشهور ، فاعتبرا أن قاعدة الإثراء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلا عن الفضالة كمصدر

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ يونية سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٤٧١ . وقد تلى هذا الحكم حكمان آخران طبقا هما أيضاً دعوى الفضالة فى حالات الإثراء بلا سبب : محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ ، وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ — ١ — ٢٠٤ . وآخر حكم طبقت فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر فى ١٦ يولية سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٩ مع تعليق لبلا نيول. وانظر فى الفقه الفرنسى ديمولومب ٣١ فقرة ٤٩ — لوران ٢٠ فقرة ٣٣٧ — لارومبيير ٥ ص ٦٠١ .

للالتزام مبنى على قواعد العدالة . وما ورد من نصوص تشريعية فى القانون الفرنسى ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل الحصر (١). وما لبثت محكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٨٩٢ أن سارت وراء الفقيهين العظيمين وقضت بقولها (٢).

ويلاحظ فى هــذه المرحلة الثالثة أن قاعــدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن الفضالة ، فإنها قد غلت بقيدين . أولهما أن دعوى الإثراء إنما هى دعوى احتياطية (action subsidiaire)لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . بهذا قال الفقيهان أوبرى ورو ،وتبعهما فى ذلك الفقه والقضاء فى فرنسا. والقيد الثانى أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ورد ذلك صراحة فيما قاله أوبرى ورو ، وسبقهما إليه بوتييه فيما نقلناه عنه ، وتبعهم فى ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان حتى اليوم .

ولا يزال القانون الفرنسى يعالج الدخول فى مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدين ، ويحرر القاعدة من جميع القيود التى تعطل من إطلاقها وشمولها .

---

(١) أنظر أوبرى ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧ . وقد أحاط الفقيهان المبدأ ، بعد أن أكدا استقلاله ، بقيدين وردا فيما ننقله هنا من عبارات الفقيهين ذاتها :

« ... il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ... on doit ... s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso ... »

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ .وانتهت هذه المحكمة ، فى حكمين مشهورين لها (فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ٤١ وفى ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢) بأن استعارت بعض الألفاظ التى استعملها الفقيهان أوبرى ورو . فقالت فى حكمها الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيريه =

القانون المصرى :

٧٤٩ — التقنين المصرى القديم : لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص يقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض، حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة، هو نص المادتين ١٤٤/٢٠٥ وقد جرى بما يأتى : «من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة» . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة فى دفع غير المستحق وفى المصروفات الضرورية والنافعة وفى البناء والغراس فى أرض الغير وفى غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب .

ويبدو أن المشرع المصرى فى التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجرى عليه فى القانون الفرنسى وقت صدور التقنين المصرى . فقد صدر التقنين المختلط فى سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلى فى سنة ١٨٨٣ . وهذا هو الوقت الذى كان القانون الفرنسى يجتاز فيه مرحلته الثانية ، وكان يخلط فى هذه المرحلة بين الفضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا . والنص المصرى يحمل أثر هذا الخلط واضحاً . فهو فى صدره يتحدث عن أركان الفضالة ، وفى عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب ، فيخلط بين الإثنين خلطاً كان سبباً فى اضطراب الفقه والقضاء فى مصر مدة غير قصيرة .

ويجتاز القضاء المصرى مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا

= ١٩١٨ — ١ — ٢١١ ما يأتى :

« Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne, se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-delit. »

ثم تعاقبت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى .

سبب ، فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى(١) .

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين ، ويبرز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة ، لها قوام ذاتي وكيان مستقل ، وهو يقتفي في ذلك أثر القانون الفرنسي في مرحلته الثالثة على الوجه الذي أسلفناه . وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة في سنة ١٨٩٩ (٢) أي بعد دخول القانون الفرنسي في مرحلته الثالثة بوقت قصير (٣) . ولكن القضاء المصري ، في هذه المرحلة الثانية ، يبقى حائراً أمام النص الغامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ١٤٤/٢٠٥) . وتفسر محكمة الاستئناف المختلطة النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب ، وتكل أحكام الفضالة إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي (٤).

وفي المرحلة الثالثة ، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة

---

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوريلي م ٢٠٥ رقم ١ — حكماً ثانياً في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم في رسالة الدكتور (Maravent) المنشورة في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير — فبراير ص ٣٠) — حكماً ثالثاً في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ (أنظر أيضاً في هذا الحكم رسالة الدكتور Maravent ص ٣١ — ص ٣٢) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية في ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩ — وحكماً ثانياً في ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ ص ٢٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ . وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ ص ١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب في دقة وردها إلى سندها القانوني الصحيح ، أي إلى قواعد العدالة ، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الموقف في حكمها الصادر في ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه ، وسنرى بيان ذلك .

(٣) وقد رأينا أن القانون الفرنسي دخل في مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢ .

(٤) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب : محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ — حكماً ثانياً في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ — حكماً ثالثاً في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ — حكماً رابعاً في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — حكماً خامساً في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ — حكماً سادساً في ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ — حكماً سابعاً في ٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — حكماً ثامناً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٣ — حكماً تاسعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

فى سنة ١٩١٧ ، لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، بل هى ترد كل قاعدة إلى سندها القانونى الصحيح ، فتقصر نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة ، وتستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعى ، فتصحح بذلك وضعاً بدأ مقلوباً (١).

ويبقى الفقه والقضاء فى مصر ، طوال هذه المرحلة الثالثة فى ظل التقنين القديم ، يميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها . ولكنهما يبقيان كذلك ، متأثرين دائماً بالقانون الفرنسى ، يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب ، فيقولان مع الفقه والقضاء فى فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى (٢)، وإن كان جانب من الفقه نفى عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سنرى .

وكان لا بد من أن يصدر التقنين المدنى الجديد حتى يدخل القانون المصرى فى مرحلته الرابعة التى يحرر فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدين الأخيرين المتخلفين عن أعقاب الماضى . وهذه المرحلة الرابعة التى وصل إليها التقنين المدنى الجديد لا يزال القانون الفرنسى ، على ما رأينا ، يرده الإحجام عنها .

٧٥٠ — التقنين المصرى الجديد: خطا التقنين المصرى الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة ، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية :

١ — جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها ، كمصدر من مصادر الالتزام .

---

(١) أنظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ . وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدنى المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص فى تحديد آثار الفضالة ، حتى تجعل الفضولى يسترد المصروفات الضرورية والنافعة دون أن يقتصر على أدنى القيمتين كما ورد فى النص .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — حكم ثان فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ — حكم ثالث فى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — حكم رابع فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣٩٣ . وانظر فى الفقه : والتون ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١ — ذهنى فقرة ٧٠٥ وما بعدها — الوجيز للمؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٩١ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٣ (ويقرر فى شىء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى : فقرة ٥٤١) .

٢ — صحح الوضع الذى كان مقلوباً ، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب . فهذا المبدأ هو الأصل، وهذان التطبيقان هما اللذان يتفرعان عنه . وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلا يتفرع عن الفضالة ، ويسمى بالفضالة الناقصة .

٣ — حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية ، فنفى عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لا يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى .

وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب فى ظل التقنين الجديد نموه، وانفسحت أمامه سبل التطور . وسنرى تفصيل كل ذلك فيما يلى .

وليس التقنين الجديد بدعاً فيما استحدث ، فقد سبقه إلى السير فى هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة (١) .

ونستعرض فى فصلين متعاقبين : (أولا) القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب. (ثانياً) أبرز تطبيقين لهذه القاعدة : دفع غير المستحق والفضالة (٢).

الفصل الأول

القاعدة العامة : الاثراء بلا سبب (*)

٧٥١ — النصوص: قدمنا أن القانون المصرى القديم لم يشتمل

---

(١) من ذلك التقنين الألمانى (م ٨١٢) والتقنين السويسرى (م ٦٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البولونى (م ١٢٣) والتقنين اللبنانى (م ١٤٠) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٣) .

(٢) يوجد عدا ذلك فى التقنين الجديد نصوص تشريعية وردت فى حالات خاصة ، ويجب فى هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء ، فإن هذه النصوص إنما هى دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة . من ذلك البناء والغراس فى أرض الغير (م ٩٢٤ — ٩٢٥) ، والبناء والغراس من الشفيع فى العقار المشفوع (م ٩٤٦) والمصروفات الضرورية والنافعة (م ٩٨٠) . كما توجد نصوص هى تطبيقات محضة لمبدأ الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبدأ كما هو فى الحالات التى وردت فيها هذه النصوص (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ و م ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٣٢٣ وم ٦٨٨ فقرة ٣ وم ٨٩٧) .

(*) المراجع : دى ملتس الجزء الثانى — هالتون الجزء الأول — والتون الجزء الثانى — الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات — الدكتور محمد وهبة فى الالتزامات — الدكتور

على نص يورد قاعدة عامة للإثراء بلا سبب ، بل اقتصر على إيراد نص مضطرب فى الفضالة ، ونصوص أكثر عدداً فى دفع غير المستحق ، وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب فى مختلف نواحى القانون (١) .

أما القانون الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق

= محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات للمؤلف — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوبرى ورو الجزء التاسع . الرسائل : الدكتور محمود أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد — ستويسكو (Stoïcesco) باريس سنة ١٩٠٤ — بوشيه ليكلير (Bouché- Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ — سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ — لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ — مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — جيرونا (Gerona) باريس سنه ١٩٢٥ (فى القانون الألمانى) — الموزنينو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ — موزوى (Mosoiu) باريس سنة ١٩٣٢ — بيجه (Beguet) الجزائر سنة ١٩٤٥ — مارافان (Maravent) الرسالة منشورة فى مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير — فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩ . المقالات : لوبير (Loubers) المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ — ريبير وتيسير (Ripert et Tesseire) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ — رينار (Renard) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠ — رواست (Rouast) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ — بيكار (Picard) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ . التعليقات : لابيه (Labbé) سيريه ١٨٩٠ — ١ — ٩٧ و ١٨٩٣ — ١ — ٢٨١ — بلانيول (Planiol) داللوز ١٨٩١ — ١ — ٤٩ — و ١٨٩٢ — ١ — ١٦١ — سارى (Sarrut) داللوز ١٨٩٢ — ١ — ١٦١ — فال (Wahl) سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٦٥ — ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠ — ١ — ٤٢٥ و ١٩١٨ — ١ — ٣١٣ — بوركار (Bourcart) سيريه ١٩١١ — ١ — ٣١٣ — رواست (Rouast) داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٧ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أوجز التقنين الحالى (القديم) إيجازاً مخلا فى إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع مالها من أهمية بالغة . فلم يورد بشأن القاعدة العامة فى الفضالة إلا نصاً واحداً تعوزه الدقة ويسوده الغموض . وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب ، فمن الملحوظ أن القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب لم تجد لها ، على النقيض من ذلك ، مكاناً فى هذه النصوص ، اللهم إلا إشارات متناثرة فى مختلف أجزاء التقنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

والفضالة(١) .

والنص الجوهرى الذى يقرر القاعدة العامة فى القانون الجديد هو المادة ١٧٩ ، وقد جرت بما يأتى :

« كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد(٢) » .

التأصيل القانونى لقاعدة الإثراء بلا سبب :

٧٥٢ — مذاهب مختلفة — استنادها الى الفضالة (الفضالة الناقصة) :

كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً هى ربطها بنظرية الفضالة ، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع ، بل على أن الأولى هى التى تشتق من الثانية . فهى ضرب من الفضالة : فضالة ناقصة ، أو هى امتداد لقواعد

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أيضاً ما يأتى : « وقد بدأ المشروع (القانون الجديد) بتقرير القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتيه التاليتين ، وهما رد غير المستحق والفضالة . وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعى عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب ، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولا على ما يقتضيه المنطق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر ، يلتزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، على ألا يجاوز فى ذلك القدر الذى أثرى به . ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد . ٢ — فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض ، ولكن بقدر ما أثرى » .

لجنة المراجعة : تليت المادة ٢٤٨ من المشروع ، واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص النهائى ما يأتى : «كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائما حتى لو زال الإثراء فيما بعد» . وأصبح رقم المادة ١٨٤ فى المشروع النهائى . مجلس النواب : وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤ .

لجنة مجلس الشيوخ : تليت المادة ١٨٤ ، فاقترحت إضافة كلمة « مشروع » إلى عبارة « بدون سبب» فوافقت اللجنة على ذلك. وأصبح رقم المادة ١٧٩ . مجلس الشيوخ : وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠ — ص ٤٤٣) .

الفضالة حيث تختل أركانها . فالفضولى يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل . فإذا انعدم هذا القصد، أو تولى الفضولى شؤون غيره رغم إرادته ، اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام ، فالمفتقر فى هذه الحالة لا يسترد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمتى إثراء الغير وافتقاره . والقائلون بهذا الرأى هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون ، فقد ظلوا فى حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعى ، ثم تلمسوا فى الفضالة وهى قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة ، فأعاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسموها الفضالة الناقصة .

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فهناك فرق جوهرى بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة فى بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب ، فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذى يدخل فى حدود الفضالة . ذلك أن هذا المبدأ نزعته موضوعية لا ذاتية ، فلا عبرة فيه بالنية ، ويكفى أن يفتقر شخص فيثرى شخص آخر على حسابه دون سبب قانونى حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . أما الفضالة فنزعتها ذاتية إلى حد كبير ، إذ أن أساسها هو قصد الفضولى ن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فا لم يوجد هذا القصد فلا فضالة . ومن ثم وجد الفرق فى الحكم : يرجع الفضولى بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه ، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى . فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهرى . وإذا أريد أن تكون إحداهما تطبيقاً للأخرى ، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة — فى الأصل الذى يبنى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع — هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

٧٥٣ — استنادها إلى العمل غير المشروع: ومنذ دالت دولة الشراح على المتون ، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب فى نظر الفقه تحتاج إلى نص تشريعى تستند إليه ، تحررت القاعدة من ربقة النصوص التشريعية ،

ولكنها بقيت ترسف فى أغلال التبعية . فلا بد أن يسندها الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش فى ظلها. فأسندت إلى قاعدة العمل غير المشروع ، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسئولية التقصيرية .

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع وقاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة فى العمل غير المشروع هى أن كل من أضر الغير بخطأه يلتزم بالتعويض . كذلك القاعدة فى الإثراء بلا سبب هى أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض .

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع — وعلى رأسهم بلانيول — يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر . ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع . ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولا عنه مسئولية تقصيرية .

وعيب هذا الرأى واضح . فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء . وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تقترن بخطأ من المثرى ، ولا هى فى ذاتها تعد خطأ من المثرى ، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التى أدت إليها الواقعة ، لا الواقعة ذاتها .

٧٥٤ — استنادها إلى قاعدة تحمل التبعة : وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان ريبير (Ripert) وتيسير (Teisseire)(١). فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هى إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعة . فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغرم تحمل تبعته . ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغنم جنى فائدته . فالمفتقر قد كان نشاطه — عملا كان أو مالا — مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى ، فوجب أن يسترد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هى نتيجة نشاطه . والغنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (le risque créé) .

---

(١) أنظر المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ ص ٧٢٧ .

وهذا الرأى تعوزه الدقة . إذ لو صح لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى ، وليس بأدنى القيمتين فحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسنرى أن الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية فى قاعدة الإثراء بلا سبب (١) .

٧٥٥ — قاعدة الإثراء بلا سبب لا تستند إلى قاعدة أخرى، بل هى قاعدة مستقلة تقوم بذاتها: والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هى قاعدة أصلية لا تتفرع عن غيرها. فهى مصدر مستقل من مصادر الالتزام . وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هى التى تلحق بها) ، ولا بالعمل غير المشروع ، ولا بتحمل التبعة . وهى تتصل اتصالا مباشراً بقواعد العدالة ، المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعوض من افتقر ؟ فلماذا نذهب فى البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا والقانون الرومانى ذاته ، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة ، يجعل أساسها العدالة (٢)؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً للالتزام ؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانونى للعمل غير المشروع . ونبحث عنه فى الإثراء بلا سبب ، وكل من القاعدتين مرده العدالة ؟

وإذا سرنا فى تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتى :

الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا فى حالتين اثنتين : إذا اتفق الشخصان على ذلك ، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال . فإذا انتقل المال فى غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه ، وهذه هى قاعدة الإثراء بلا سبب (٣) .

---

(١) وقد رجع الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأى فى كتابه « القاعدة الأدبية » ، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ — وحكماً ثانياً فى ٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — وحكماً ثالثاً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ — وحكماً رابعاً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٣) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٩٠ — ص ١٩٢ .

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة، على وضوحها ، وقتاً طويلا حتى تكسب قواماً مستقلا ويكون لها كيان ذاتى ، لأنها قاعدة بنيت رأساً على العدالة والبداهة، فلم تصقلها الصنعة القانونية . والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة ، فحولته من قواعد خلقية أو اجتماعية او اقتصادية إلى قواعد قانونية تلتزمها الناس فى التعامل. ولذلك وجب أن نسير فى طريق الصياغة إلى مدى أبعد،وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى .

الواقعة التى ترتب الالتزام فى ذمة المثرى هى واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب. وهى واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانونى (acte juridique) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد . وهى واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقترن به خطأ من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع .

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانونى يرتكز عليه كمصدر له . وفى هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع .

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته ، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه . وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانونى ، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويرسم أحكامها.

أما الأركان فهى أن يكون هناك إثراء فى جانب ، يترتب عليه افتقار فى جانب آخر ، دون أن يقوم سبب قانونى لهذا الإثراء .

وأما الأحكام فتتلخص فى أن المثرى يرد إلى المفتقر ما أثرى به الأول فى حدود ما افتقر به الثانى .

ويبقى أن نعرض إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام .

الفرع الأول

أركان الاثراء بلا سبب

٧٥٦ — أركان ثلاثة: قدمنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة: ١) إثراء المدين. ٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. ٣) انعدام السبب القانونى لهذا الإثراء. هذه هى أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء. وليس من الضرورى بعد ذلك ، كما قدمنا ، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى .

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧ — وجوب تحقق الإثراء: أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن يتحقق إثراء المدين . ذلك أن مصدر الالتزام الذى يترتب فى ذمته إنما هو هذا الإثراء ، فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام ، كما لو وفى شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له . فهنا لم يتحقق الإثراء فى جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه[1]. وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سنرى . ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولا ، لا بعقد القرض إذا أبطله ، ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء .

والأصل فى الإثراء أن يكون إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً ، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر ، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً .

---

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧ .

الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي :

٧٥٨ — الإثراء الإيجابي : يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين (١) . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو أن يزيد فيما يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها (٢). وإذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء فى هذا العقار أثرى الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه . وإذا قام المستأجر الذى انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات فى العين المؤجرة ، أو قام الراسى عليه المزاد بتحسينات فى العين التى رسا عليه مزادها ثم نزعت العين من يده ، كان فى هذا إثراء لمن تؤول إليه العين .

وقد يتحقق الإثراء الإيجابى لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره (٣). مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار (٤) . ومثل العمل تصميم قام به مهندس (٥) أو لحن ألفه

---

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ .

(٣) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور . فقد كان الفقه فى فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حق إلى مال المدين(أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٨ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ — رينار ص ٢٤٨) . ثم تطور فأجاز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٤٨) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليه شغلها بغير حق وبذلك حرم مالكها المدعى من الانتفاع بها ، وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن للمبانى المشغولة بها الأرض حق البقاء والقرار عليها ورفض إزالتها ، ثم حكم بعدم حقه فى ذلك وبوجوب الإزالة ، فإن المدعى يكون بهذا الحكم مستحقاً لتعويض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه عدم انتفاعه بالمبانى بعض الزمن ، لأن المالك لم يتعهد له بهذا الانتفاع ، والأجر الذى يطلبه إنما هو فى مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانونى لا فى مقابل الانتفاع بالمبانى . ولذلك يكون المدعى عليه مسئولا عن أجر الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة المبانى» (محكمة النقض فى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص ١٥٧) .

وانظر أيضاً فى الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعا مؤقتاً محكمة النقض الفرنسية فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ١٨ .

(٥) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

موسيقى وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون عقد . ومثل العمل أيضاً خطيبة تعمل لخطيبها دون أجر ثم لا يتم الزواج ، وعارف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يجهله دون اتفاق على الأجر ، والسمسار لا تتم الصفقة على يديه ولكنه هو الذى يجمع بين البائع والمشترى (١) .

٧٥٩ — الإثراء السلبي : وقد يكون الإثراء سلبياً . ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص بدين على آخر ، فيثرى هذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون . مثل ذلك المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهي واجبة على المؤجر ، والتاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقتها واجبة على الزوج ، والمشترى لعقار مرهون يدفع دين الراهن (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المتجر الذى ينتفع بجهود شخص وبصلاته التجارية فى الخارج يكون قد أثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥م ٣٧ ص ٢٦٥) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملا للبائع ، ولم يلتزموا فى عقدهم بدفع أى دين على الأرض . ثم اشترى شخص آخر باقى الأرض المملوكة للبائع ، ووجد أنها مرهونة هى والأرض المبيعة لسواه من قبل ، فسدد ما على الأرض كلها من ديون ، كان الذين اشتروا قبله ملزمين بأن يسددوا للمشترى المذكور ما دفعه عن أرضهم ، لأنه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء المشترين شخصياً بالدفع ، إلا أنهم قد استفادوا فعلا من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم فى ضمان الدين . ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل ، خصوصاً وأن المشترى لم يكن متطوعا فى سداد ذلك الدين ، بل كان مجبراً على سداده ليدفع عن أرضه خطر نزع الملكية ، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر ما دام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقين . والقول بغير ذلك وبعدم التزام من اشتروا قبلا بدفع ما سدده عنهم المشترى الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى الإثراء على حساب الغير ، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع ، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر فى ثروة الملتزم بالدفع ، فبدلا من أن تنقص تبقى كما هى» (محكمة استئناف مصر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١) .

وقضت محكمة النقض بأن «الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى (م ٨٠٠ جديد)، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى (م ٢٣٥ جديد) . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملا بالمادة ١٤٤ =

ومن صور الإثراء السلبي كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتماً ، فيثرى إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يتلف متاعاً له حتى يطفىء حريقاً شبت فى منزل جاره ، وربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من الغرق (١) .

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

٧٦٠ — الإثراء المباشر: يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل، فى أية صورة من صوره ، مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى ، إما بفعل المفتقر وإما بفعل المثرى نفسه . مثل الانتقال بفعل المفتقر من يدفع دين غيره ، والمستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة فى العين المؤجرة (٢) . ومثل الانتقال بفعل المثرى

=(م ١٧٩ جديد) (محكمة النقض فى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٦١).
أنظر أيضاً فى الإثراء عن طريق سداد دين على المثرى محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦١٥ — وحكماً آخر فى ٤ يونية سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ١٠٢ .

(١) ومثل ذلك أيضاً — من قضاء محكمة النقض — أن يتقدم ناظر وقف يطلب شراء أطيان بمال البدل المتجمد ، فيتقدم شخص محتسباً يعارض فى إتمام الصفقة ، ويثبت أن الأطيان المراد شراؤها ليست ملكاً للبائع بل هى موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيثمر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقيه ضياع آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه . فالشخص المحتسب هنا قد افتقر بقدر ما تكلفه من مصروفات وأتعاب محاماة للوصول إلى النتيجة التى وصل إليها ، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها . وتكون مطالبة هذا الشخص المحتسب لجهة الوقف بما تجشمه من مصروفات وأتعاب محاماة هى مطالبة ممن أفاد لمنتفع بما استفاد ، وتكون دعواه هى دعوى الإثراء بغير سبب (محكمة النقض فى ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ ص ١١٤٥).
أنظر أيضاً فى الإثراء عن طريق تجنيب المثرى خسارة أو التوفير عليه فى مصروف محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٧٥ (إطفاء حريق) — وحكماً آخر فى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٥١٣ . وانظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) — ديموج ٣ فقرة ١٤٩ .

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى من القضاء المصرى محكمة استئناف مصر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسى عليه المزاد أحدث إصلاحات فى العين التى رسا مزادها عليه) — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٥ (المستأجر الذى أبطل إيجاره أو فسخ أحدث إصلاحات فى العين المؤجرة) — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ وفى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ (المهندس الذى قام بعمل مشروعات أو=

من يستولى على مال لغيره دون حق ، ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية(١). وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة ، كما يحدث فى طرح البحر ، فيكون الإثراء مباشرا .

٧٦١ — الإثراء غير المباشر: ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل أجنبى فى نقله من مال المفتقر إلى مال المثرى . وقد يقع تدخل الأجنبى عن طريق عمل مادى كربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل إلى البحر لإنقاذ الباقى من الغرق ، وكفرقة إطفاء الحريق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق ، وكالمغتصب يبنى بمواد غيره فى الأرض المغتصبة (٢) . وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانونى . مثل ذلك أن يشترى شخص سيارة من آخر ، ثم يدفعها إلى «ميكانيكى» لإصلاحها ، وينفسخ عقد بيع السيارة ، فيرجع الميكانيكى وهو المفتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثرى ، ويكون المشترى هنا هو الأجنبى الذى تدخل بعمل قانونى فى نقل الإثراء من المفتقر إلى المثرى . والعمل القانونى هو عقد المقاولة الذى أبرمه المشترى مع الميكانيكى لإصلاح السيارة (٣) . ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشترى سماداً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه ، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التى انتفعت

= تصميمات) — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٤٢ وفى ١٠ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٧ وفى أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٨ (التاجر والمحامى والسمسار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق) .

(١) استئناف مختلط فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ (شخص ينتفع بنقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) — استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكا لغيره دون عقد إيجار) .

(٢) وقد يكون الأجنبى المتدخل بعمل مادى هو ناظر الوقف يقترض مالا دون إذن القاضى يدخل به تحسينات على العين الموقوفة فيطل القرض ويرجع المقرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ وفى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ وفى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ . وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦١ .

(٣) وللميكانيكى بداهة أن يرجع على المشترى الذى تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد .

بالسماد جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجع على المالك وهو المثرى بقدر ما عاد به السماد على الزراعة من نفع فى حـــدود الثمن ، والأجنبى الذى تدخل هنا هو المستأجر . وتدخله وقع عن طريق عمل قانونى هو شراء السماد (١) . ومثل ذلك أخيراً أن يعمد مدير شركة إلى اختلاس أسهم لها يرهنها فى قرض يعود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها ، فترجع الشركة الأولى وهى المفتقرة على الشركة الثانية وهى المثرية بدعوى الإثراء ، والأجنبى الذى تدخل هنا هو المدير الذى اختلس الأسهم ، والعمل القانونى الذى عن طريقـــه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنتفع بالقرض الذى حصل عليه برهن الأسهم المختلسة (٢) .

---

(١) أنظر مارافان (Maravent) فى رسالته المنشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٧٢ — هذا وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه «إذا عرض المالك أرضه للتأجير بالمزاد ورسا مزادها على شـــخص دفع التأمين ، وبعد فوات المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم آجرها المالك لآخر بناء على شرط فى قائمة المزاد يسمح له بذلك ، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المزاد قيمة ما صرفه فى الزراعة لأنه زرع فى أرضه بحسن نية ولأنه لايجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل . وإذا كان المالك سلم الأرض بما عليها من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره . أما الراسى عليه المزاد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشىء ما» (استئناف أسيوط فى ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٣٩ ص٧٢) . هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء فى حالة رجوع الراسى عليه المزاد على المالك هو إثراء مباشر ، وفى حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر بتدخل من الراسى عليه المزاد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذى قام به الراسى عليه المزاد لزراعة الأرض .

وكالمستأجر للأرض الزراعية يغرس فيها زرعاً المقاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لعقد تم بينه وبين المستأجر ، فيحق المقاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء ، والإثراء هنا غير مباشر بتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانونى هو العقد الذى تم بينه وبين المقـــاول (أنظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية فى ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) . ودعوى الإثراء التى تعطى للمقاول فى هذا الفرض هى غير حق الامتياز الذى قرره القانون المدنى الجديد للمقاولين (قارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣) — ويلاحظ فى هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط فى عقد الإيجار أن يكون البناء أو الغراس له عند نهاية الإيجار وإلا لكان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كما سيأتى .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ . أما الفقه فى مصر فكالقضاء يجيز الإثراء غير المباشر (والتون ٢ ص ١٧٤ — ص ١٧٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٦ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧) . — ولا يجيز القـــانونان الألمانى والسويسرى =

الإثراء المادى والإثراء المعنوى :

٧٦٢ — الإثراء المادى: الأصل فى الإثراء أن يكون مادياً . وفيما قدمناه من الأمثلة فى الإثراء الإيجابى والسلبى ، والمباشر وغير المباشر ، ما يتبين منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثرى .

٧٦٣ — الإثراء المعنوى : ولكن الإثراء قد يكون معنوياً ، كأن يكون إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً . فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقلياً . والمحامى وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبياً . والطبيب وهو يشفى المريض يجعله يثرى إثراء صحياً . فهل يصلح الإثراء المعنوى كالإثراء المادى ركناً لقاعدة الإثراء بلا سبب ؟

ارتطمت هذه القاعدة هنا ، كما ارتطمت فى الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفى الإثراء غير المباشر ، بعقبات ما لبثت أن ذللتها. فقد رأينا كيف أن الفقه فى فرنسا كان يأبى أن يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل ، ثم تطور فأجاز ذلك ، وتحررت قاعدة الإثراء من هذا القيد . ورأينا كيف أن النظرية الألمانية تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولكن قاعدة الإثراء تحررت من هذا القيد أيضاً فى فرنسا وفى مصر . وهنا كذلك نرى أن القانونين الألمانى والسويسرى يشترطان فى نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية (auf dessen kosten) ، ونرى جانباً من الفقه فى فرنسا يقول بهذا الرأى(١) . ولكن قاعدة الإثراء تحررت أيضاً من هذا القيد الثالث. وأصبح جمهور

= الإثراء غير المباشر (أنظر رسالة موسيو Mosiou ص ١٢١ — ص ١٢٣ وص ١٦٠ — ص ١٦٥). والقانون المصرى الجديد لم ينحرف عن تقاليده الماضية فهو ، كالقانون القديم ، يجيز الإثراء غير المباشر (أنظر فى هذا الموضوع رسالة ملرافان ص ٧١ — ص ٧٤ وبخاصة آخر ص ٧٤).

(١) رينار (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠)ص ٢٤٨ — بنكاز (Bonnecase) ملحق مبسوط بودرى ٣ ص ٣٤٢ . ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه فى فرنسا الذى يقول بهذا الرأى هو الجانب الذى ينظر إلى قاعدة الإثراء بلا سبب نظرة مادية على اعتبار أنها تنظم علاقة ذمة مالية بذمة مالية أخرى ، لا نظرة ذاتية على اعتبار أنها تنظم واجبات الأفراد الأدبية بعضهم ببعض . ومن هذا الرأى الأخير الأستاذ ريبير فى كتابه المعروف « القاعدة الأدبية فى الالتزامات » . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض ضروب الإثراء المعنوى يمكن اعتباره ذا قيمة مادية ، كما فى براءة المتهم وفى شفاء المريض .

الفقهاء فى مصر (١) وفى فرنسا (٢) يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام من المستطاع أن يقدر بمال ، سواء فى ذاته أو من ناحية الافتقار الذى يقابله (٣) . وبهذا الرأى جرى القضاء فى فرنسا (٤) وفى مصر(٥) .

---

(١) والتون ٢ ص ١٨٦ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٧٩ ص ٣٨٧ — الدكتور حشمت فى نظرية الالتزام فقرة ٣٥٠ ص ٣٩٠ — مارافان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ — ص ٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٣٥ ص ٤٩ — رواست (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢) ص ٥٤ — موسيو (Mosiou) ص١٩٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٦٧ — جوسران ٢ فقرة ٥٦٩ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٤١ .

ويلاحظ أن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات فى الاعتراف به ما عاناه الضرر الأدبى (préjudice moral) فى نظرية المسئولية التقصيرية . على أن الضرر الأدبى قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أبعد من الحد الذى اعترف فيه بالإثراء المعنوى (أنظر فى هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ومارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٦٠) . ويقول الأستاذ فرانسوا جوريه فى كتابه فى الإثراء على حساب الغير (باريس ص ٦٢ — ص ٦٣) إن التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية أوسع مدى من التعويض عن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب . ويعلل ذلك بأن التعويض فى المسئولية التقصيرية ليس عديلا (équivalent) عن الخسارة التى لحقت بالمضرور ، بل هو عوض (compensation) عن هذه الخسارة ؛ أما فى الإثراء بلا سبب فالتعويض هو عديل الإثراء لا عوض عنه . والعديل غير العوض ، إذ الخسارة الأدبية التى لا يمكن تقديرها بمال قد يكون لها عوض ولا يكون لها عديل . فإذا لم يكن الإثراء المعنوى مما يمكن تقديره بمال تعذر أن يكون له عديل ، وإن جاز أن يكون له عوض ، فلا يصح أن يقوم ركناً فى قاعدة الإثراء بلا سبب . ونحن نرى أن التمييز ما بين العديل والعوض فى نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسئولية التقصيرية إنما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستعصاء المألوفة التى لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٣ ص ٤٩ — مارافان مجلة مصر العصرية ص ٦١ .

(٤) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ — وفى ١٣ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ — وفى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢١٧ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ١٧٧ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ١٨١ — محكمة مونبلييه فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ (الأجر عن التدريس فى حالة إعسار والد التلميذ وسنرى فى موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانونى) — محكمة إكس فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ — ٢ — ٢٥ (تحسين حالة مريض فى مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضالة هى المنطبقة فى هذه القضية) .

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (الانتفاع =

المبحث الثانى

افتقـــار الدائن

(Appauvrissement du créancier)

٧٦٤ — الافتقار وعلاقة السببية بالإثراء: الركن الثانى لقاعدة الإثراء بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين . فيجب إذن أن يكون هناك افتقار فى جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين (١).

٧٦٥ — وجوب تحقق الافتقار . فإذا تحقق الإثراء فى جانب شخص . ولم يقابله افتقار فى جانب الشخص الآخر ، لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء . ذلك أن المثرى لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار ، والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثرى إذن بشىء .

= بالصلات التجارية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) — ومع ذلك أنظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية فى ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ (المحاماة ١٥ رقم ٣٣٢ ص ٤٠٧) تقول فيه : « أما الإثراء الأدبى الذى يستتبع تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتمالية محضة فلا يعطى حقاً فى دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسى قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن الذى زاد فى ثروة المدين العقلية والخلقية كالمربى » .

ونحن لا نتردد فى القول بجواز أن يكون الإثراء معنوياً — وقد استعملنا لفظ « المعنوى » هنا بمعنى واسع فشمل الإثراء الصحى والجسمى ويعتبر هذا النوع من الإثراء عادة إثراء ذا قيمة مادية ، سواء فى ظل القانون المدنى القديم أو فى ظل القانون المدنى الجديد (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦) . فلو أن بعثة للآثار وفقت إلى كشوف أثرية تزيح الغموض عن حقائق علمية وتاريخية ، وكان الاتفاق بينها وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشوف ، لجاز فى رأينا أن يكون لدائنى هذه البعثة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية — وهنا يمكن تقديرها بالمال — فى حدود ما لهم من ديون فى ذمة البعثة صرفت فى القيام بهذه الكشوف الأثرية .

(١) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفى إثراء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار فى جانب الدائن ، ويقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحدثة (profit créé) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé) . ولكن هذه النظرية ، كنظرية الضرر المستحدث أو تحمل التبعة ، لم يقيض لها النجاح لا فى القضاء ولا فى الفقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة فى منزله يطل عليها منزل الجار ، وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً فى رفع قيمة منزل الجار ، فالجار فى هذه الحالة يكون قد أثرى . ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر ، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفقه فى إنشاء الحديقة وتجميلها قد عاد عليه بالفائدة التى قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفقه ، ولم يخسر شيئاً ، فلا يرجع بشىء على جاره (١) .

كذلك إذا استحدث المستأجر ، دون اتفاق مع المالك ، إصلاحات فى العين المؤجرة تزيد فى منفعتها ، واستوفى هذه المنفعة كاملة ، فإنه لا يرجع على المالك بشىء ، وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك (٢) .

---

(١) ويقاس على هذا المثل كل حالة ينفق فيها الشخص لجلب منفعة يستوفيها — يقوى جسراً أو يشق ترعة أو يجمل مبنى أو يصلح حياً — فهو قد انتفع بقدر ما أنفق ، وإذا كان غيره قد أفاد من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة . ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التى حصل عليها . ولكن «سبب» الافتقار غير «سبب» الإثراء ، وسنرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٦١) .

ويلاحظ أن بعض المحاكم تعبر خطأ عن المعنى الذى نحن بصدده بانعدام السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار ، فتقول فى شخص يقيم بناء لمصلحته فيستفيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا محل هنا للمطالبة بدعوى الإثراء «لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر» ... ... « والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر رابطة السببية » . (الواسطى فى ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ ص ١٠٩٥) .

(٢) وسنرى عند الكلام فى الفضالة أن المستأجر إذا أجرى إصلاحات فى العين المؤجرة لمنفعته الشخصية لا يكون فضولياً ولا يستطيع أن يرجع بدعوى الفضالة على المالك ، لأنه لم يقصد بعمله إلا تدبير شؤونه الشخصية لا تدبير شؤون المالك . فالمستأجر فى هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى الفضالة ولا بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بما يأتى : « إن محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولى هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولى لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات فيها ويقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الإيجار بعدم إجراء شىء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة » . (استئناف مصر فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠) . ويبدو أن المحكمة أسست رفض دعوى الإثراء على انعدام السبب القانونى ، وكان الأولى أن تؤسسه على انعدام الافتقار .

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين . فيكون لافتقار إيجابياً أو سلبياً ، مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً .

٧٦٦ — الافتقار الإيجابي والافتقار السلبي : يكون الافتقار إيجابياً إذا فقد المفتقر حقاً، عينياً كان أو شخصياً، أو انتقص حق له . ويتحقق هذا عادة بالإنفاق . فإذا أنفق الراسى عليه المزاد لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر ، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره ، أوقام مساهم فى شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها فى يده(١) ، فنى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المفتقر .

ويكون الافتقار سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها، فيفتقر ، لا بقدر ما تحمل من خسارة كما فى الافتقار الإيجابى ، بل بقدر ما فاته من منفعة . مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير ، فيفتقر بما فاته من منفعة هى أجر هذا العمل . ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلا لآخر دون عقد إيجار ، فيفتقر صاحب المنزل بما فاته من منفعة هى أجرة منزله. ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم، والموسيقى صاحب اللحن ، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشترى، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هى أجر عملهم ، فافتقارهم إذن سلبى (٢).

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى. فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى ، كما هو الأمر فى الحالات المتقدمة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عمـلا أو منفعة للمثرى ، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء

---

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٦٣ — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٨ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ .

افتقاراً سلبياً كما رأينا. وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبي افتقار إيجابي ، فمن يدفع دين غيره يفتقر افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبي في جانب المدين .

٧٦٧ — الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر: وعلى العكس من ذلك الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر ، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر ، وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً في هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبي ، تدخلا ماديا أو تدخلا قانونياً ، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

٧٦٨ — الافتقار المادى والافتقار المعنوى وإذا كان الأصل في الافتقار أن يكون مادياً كما مر بنا في الأمثلة المتقدمة ، فإنه كالإثراء قد يكون معنوياً . فالشخص الذى نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً مادياً بل معنوياً (١). وهذا هو الشأن في افتقار المهندس الذى يعمل في مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع (٢).

٧٦٩ — السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء: ولا يكفى أن يتحقق الافتقار. بل يجب أيضاً ، كما أسلفنا القول ، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر في إثراء المدين . وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها في الصور المختلفة للإثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره ، فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد ، هو دفع الدين . وليس من الضرورى أن تكون واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار ، بل يكفى حتى تقوم هذه السببية المباشرة التثبت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون ، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية ولا معقب عليه

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

فى ذلك (١) .

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذى حللنا به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية . ويمكن هنا أيضاً المفاضلة بين نظريتى تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente)، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء. فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما .

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانيها ، فليس من الضرورى أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المبانى . فعلو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون فى الراجح هو السبب المنتج ، إذ أن المبانى فى كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب فى علو قيمة المبانى (٢) . ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون فى كثير من الأحوال هو السبب المنتج فى علو قيمة الأرض الواقعة على جانبى الشارع (٣) .

---

(١) ماراقان مجلة مصر العصرية ص ٩١ — ص ٩٣ — ديموج ٣ فقرة ١٠٦ — أوبرى ورو وبارتان ٩ ص ٣٥٨ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٠٦ ص ٢٥١ .

(٣) ويؤيد ذلك القوانين الخاصة التى تجعل للحكومة الحق فى تقاضى تعويض من ملاك الأراضى على جانبى الشارع الجديد فى مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد .

هذا وهناك رأى يقضى بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه ، فلا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء (كولان وكابيتان وجوليودى لامورانديير ٢ باريس سنة ١٩٤٨ فقرة ٤١١ ص ٢٩٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٢٦٩ — ذهنى بك فى نظرية الالتزام فقرة ٧٠٦) . ويستند هذا الرأى إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣) فى قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرضاً ليفى بدين عليه مضمون برهن فى الدرجة الأولى ، وأهمل المصرف فى أن يقوم بإجراءات الحلول محل الدائن المرتهن الأول ، وترتب على هذا الإهمال أن الدائن المرتهن فى المرتبة الثانية ارتفع إلى المرتبة الأولى . فرجع المصرف على هذا الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح فى المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده ، فرفضت المحكمة دعوى المصرف ، =

المبحث الثالث

انعـــدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠ — **تجرد الإثراء عن سبب يبرره.** يجب، حتى تقوم دعوى الإثراء، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره. ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده، وللمثرى أن يحتفظ به مادام أن له سبباً يبرر الحصول عليه(١).

ولكن الفقهاء اختلفوا فى تحديد معنى «السبب». وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل فى تعقيد نظرية الإثراء وفى الغموض الذى أحاط بها حقبة طويلة. ونحن نستعرض فى إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» فى القانون المصرى الجديد.

= وبنت حكمها على أن المصرف قد أهمل فى عدم اتخاذ إجراءات الحلول. والرأى الصحيح فى نظرنا أن المصرف ترفض دعواه لا لأنه أهمل فى عدم اتخاذ إجراءات الحلول كما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، بل لأن الدائن الذى ارتفع إلى المرتبة الأولى قد أثرى بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانونى وضعه فيه القانون. وسنرى تفصيل ذلك فى الكلام عن سبب الإثراء.

ولا يوجد فى القواعد العامة التى يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأى الذى تنقده. ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً افتقر فاغتنى غيره على حسابه دون سبب مشروع، فإن العدالة تقضى بتعويض المفتقر، سواء اقترن افتقاره بإهمال منه أو لم يقترن. وإنما وجب التعويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع، وهذا الأساس قائم سواء كان المفتقر مهملا أو غير مهمل.

يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يحل بعضها من أن يكون المفتقر فيها مهملا بل سيء النية. فمن بنى أو غرس فى أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض (م ٩٢٤). كذلك لم يميز المشرع فيمن يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسيئها فكلاهما يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء فيما إذا طلب ناقص الأهلية إبطال العقد (م ١٤٢).

(أنظر فى هذا الموضوع الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٣ وقد نقلنا عنه ماقدمناه فى هذا الصدد. وانظر الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٥٣٦ فى آخرها).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ ص ٣١٥.

اختلاف الفقهاء فى تحديد معنى السبب :

٧٧١ — المعنى الأدبى : يرى الأستاذ ربيير فى مؤلفه المعروف «القاعدة الأدبية» (١) أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبى . وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ولذلك نراه يسمى الإثراء بلا سبب «الإثراء غير العادل» (enrichissement injuste). وهو يترك للقاضى تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد ، وإلا حكم به. ويذهب الأستاذ بنكاز (Bonnecase) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبى(٢).

وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد، هو المعنى العام للعدالة ، يجرد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار.

٧٧٢ — المعنى الاقتصادى القانونى : وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصادياً قانونياً . فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء : وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى «العوض».

فيرى الأستاذ مورى (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية وهو الحق الأدبى (droit moral) من الناحية الخلقية (٣).

ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن العوض ينطوى على معنى أعم من معنى البديل ، فهو المقابل (contre-partie). ويختلف «المقابل» عن «البديل» فى أن للمقابل معنى قانونياً . فأى «مقابل» يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد(٤) .

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو «النظير» (contre-prestation) الذى

---

(١) فقرة ١٤٧ .

(٢) ملحق مبسوط بودرى ٣ فقرة ١٧٦ وفقرة ١٨٠ وفقرة ١٨١ .

(٣) أنظر مؤلفه «بحث فى معنى التعادل فى القانون الفرنسى» (Essai sur le rôle de la notion d'quivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ ص ٣٥٢ .

(٤) رواست المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها — أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٨ .

يرجع حق المثرى فى استبقاء الإثراء على حق المفتقر فى استرداده(١).

وكل هذه المعانى مبهمة كما نرى، ينقصها التحديد، ويحوطها الغموض(٢).

---

(١) ديموج ٣ فقرة ١٦١ وما بعدها.

(٢) أنظر بحثاً فى هذه المعانى المتضاربة فى رسالة الدكتور محمود أبو عافيه «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٨١ — ص ١٨٥ (النسخة الفرنسية).

ونجد فى هذه الرسالة بحثاً فى تحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى. ويستخلص من هذا البحث أن القانون الألمانى لا يقف عند معنى واحد للسبب. ففى الأعمال القانونية التى يترتب عليهـا نقل حق من ذمة إلى أخرى (actes d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف إما على سبب الوفاء (cause solvendi) أو على سبب المداينة (cause credendi) أوعلى سبب التبرع (cause donandi). والسبب هنا هوالغرض الشخصى المباشر الذى يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب فى العقـد فى النظرية الفرنسية التقليدية. فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً. لـكن إذا نفذه المدين جاز للمدين أن يسترد مادفعه بدعوى الإثراء بلا سبب. ونرى من ذلك أن معنى «السبب» فى الإثراء هو نفس معنى «السبب» فى العقد. هذا إذا كان الإثراء آتياً من تنفيـذ تصرف مجرد. أما إذا أتى الأثراء من عمل إرادى صادر من المثرى (بنى فى أرضه بأدوات غيره) أو عمل إرادى صادر من أجنبى (بنى فى أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر)، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانونى يكسبه للمثرى (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشىء المقضى). (أنظر الرسالة فى نسختها الفرنسية ص١٤٧ — ص١٧٩).

وينعى الدكتور أبو عافية على القانون الألمانى هذا الازدواج فى معنى السبب وما يلقيه فى نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتعقيد، فيقول: «تلك هى النظرية الأساسية فى الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم. وهى كما ترى لها خاصية بارزة، هى أنها تأخذ السبب القانونى للأثراء على معنيين. فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى الذمة) أخذته على معنى الغرض الشخصى (Ziveck) الذى يقصـده المفتقر. أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنشىء (Rechtsgrund) ومرجعه إرادة القانون. ولا غرابة إذن فى أن يسلم الفقه الألمانى باستحالة وضع صيغة واحدة لفـكرة السبب فى الإثراء تغطى جميع الفروض. فـكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفـكرة لها معنيان، أحدهما يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون؟ هذه الصيغة المزدوجة — رغم إجماع الفقه الألمانى عليها — تبدو لنا مفكـكة متنافرة الأجزاء. فالغرض الشخصى ومرجعه الإرادة الخاصة والسبب المنشىء ومرجعه إرادة القانون هما فـكرتان تناقض إحداهما الأخرى بحيث لا نستسيغ جمعهما تحت عنوان واحد هو «السبب فى الإثراء» ... إن العيب فى هذه النظرية يرجع — بصفة خاصة — إلى الطريقة الفنيـة التى اتبعها الفقه الألمـانى لحل مشكلة السبب فى الإثراء. فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتى: متى يكون الإثراء بلا سبب؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ فى معالجة مختلف فروض الإثراء بلاسبب كما هى معروفة فى القانون الرومانى. وكل ما يمكن أن يقال لصالح =

معنى السبب فى القانون المصرى الجديد :

٧٧٣ — السبب هو المصدر القانونى المكسب للإثراء : والقانون المصرى الجديد قاطع فى تحديد معنى السبب . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يستخلص منه فى وضوح أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء فيجعل له الحق فى استبقائه(١) .

فالسبب إذن له معنى قانونى بحت ، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى . وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانونى فى كسب الإثراء الذى حصل عليه . والحق هذا لا يعدو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق : العقد أو القانون .

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط ، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من وراء ذلك ثباتاً وصلابة ، وتزداد إحكاماً ودقة ، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذى كان يسودها فى الماضى . وإذا كان القانون المصرى الجديد قد آثر هذا المعنى المحدد ، فذلك لأنه هو المعنى

= هذه الطريقة هو ما فيها من يسر جاء من كونها تقليدية موروثة وسائدة فى ألمانيا منذ دخول القانون الرومانى فيها إلى يومنا هذا . ولكنها طريقة تنطوى على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية فى مادة الإثراء ، وهى إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير الفروض . ونحن لا نصدر فى ذلك عن مجرد التمسك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية ، ولكنا فضلا عن ذلك نرى أنا مادمنا لم نصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء نفسه يظل قاصراً مقلقلا . فتحديد طبيعة السبب فى الإثراء هو الأساس الذى تبنى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها » (رسالة الدكتور أبو عافية فى نسختها العربية ص ١٨٢ — ص ١٨٣ — أنظر أيضاً ص ١٩٢ — ص ١٩٦) .

(١) ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « (والشرط) الثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما ، فلا يجوز للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن بين العاقدين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤١) .

الذي يقول به الفقه في مصر (١) ، وكثير من الفقهاء في فرنسا (٢) ، وهو المعنى الذي جرى به حكم القضاء في البلدين (٣) .

ويبقى أن نستعرض «السبب» بهذا المعنى في كل من مصدريه . عقداً كان المصدر أو حكماً من أحكام القانون .

٧٧٤ — السبب في الإثراء عقد : قد يكون السبب الذي كسب المثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد (٤) . ويغلب أن يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً ما بين المثرى والمفتقر . فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء . والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر إجمالي منعه العقد من المطالبة بأية زيادة في الأجر ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة (٥) (م ٦٥٨) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٧ — فقرة ٣٨٩ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٨ — ماراتان (مجلة مصر المعصرية سنة ١٩٤٩) ص ١٠٢ — ص ١٠٤ — الدكتور شفيق شحاته (جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٣٨١ — ٨ و ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤) . الدكتور محمود أبو عافية في رسالته «التصرف القانوني المجرد» (نسخة فرنسية ص ١٨٥ — ١٨٩) — قارن والتون ٢ ص ١٨٨ — ص ١٩٠ .

(٢) مبسوط بودري ١٥ فقرة ٢٨٤٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٣ — (ويقتصران على القدسبباً للإثراء) — جوسران ٢ فقرة ٥٧٢ — فيرنيو (Vergniaud) رسالة من باريس ١٩١٦ ص ٢١٦ — بوديشيانو (Budishteano) رسالة من باريس ١٩٢٠ ص ١٠٦ — موسيو (Mosiou) رسالة من باريس ص ٢٣٦ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٩ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ٢٠١ — وفي ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ١ — ١٠٥ — وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ٢٣ — ١ — ٦٤ — وفي ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — وفي ١١ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣١ — ١ — ١٢٩ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ — ١ — ١ — وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ داللوز الأسبوعي ١٩٤٤ ص ٥٨ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دي باليه ١٩٤٤ — ٢ — ٧١ . أما القضاء المصري فنعرض له تفصيلا فيما يلي .

(٤) محكمة الإسكندرية المختلطة في ٦ مايو سنه ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ ص ٢٥٦ .

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ — وفي ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ (قارن ماراتان ص ١٠٥ وهو يجعل السبب هنا القانون لا العقد) .

إفراغ جهده فى الابتداع أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢)، وعقد العمل هو الذى يمنع العامل من الرجوع على رب العمل (١) . وإذا اشترط المؤجر أن يتملك عند نهاية الإيجار التحسينات التى يدخلها المستأجر فى العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانونى يمنع من هذا الرجوع (٢) . وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل ، فأعادت شركة التأمين بناءه تنفيذاً لعقد التأمين ، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمته فى حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء(٣) . وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الريع زيادة كبيرة فلا رجوع

---

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه «إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية ، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة . ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته» . ونرى فى هذا الفرض الخاص أن عقد العمل لا يكفى سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء ، وأن بعضا من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذى يرجع به العامل على رب العمل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اشترط فى عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التى يجريها المستأجر فى العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل بئر ارتوازى أحدثه ضمن المنشآت التى أقامها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص . ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحداث البئر الارتوازى لم يكن وارداً فى عقد الإيجار ، وأن الماء الآتى من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض ، كان من العدل أن تقع مقاصة بين ما فى ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما فى ذمة المؤجر المستأجر بسبب مبادأته الموفقة بإنشاء البئر الارتوازى (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٥٨) . وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتى من البئر الارتوازى لأنه لم يكن وارداً فى العقد ، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب ، وقاصته فى دين على المستأجر نشأ من عدم تحسينه لجزء من الأرض المؤجرة .

وسنرى عند الكلام فى الفضالة أن المستأجر الذى يستحدث إصلاحات فى العين لمنفعته الشخصية لا يعتبر فضولياً .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٨ . وانظر أيضا فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يولية سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ــ١ــ١٨١ .

له على الموكل بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك (١). ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشترى بدعوى الإثراء لمطالبته بباقى ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من المتعاقدين (٢).

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة ، ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد ، فيكون عقد الإيجار

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر . فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشترى منه بباقى الثمن المقسط على خمسة أقساط ، ثم عدل طلباته إلى طلب الحكم له بباقى القسطين الأولين ، موصوفاً هذا الباقى خطأ بأنه باقى الثمن ، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطالب بالأقساط الثلاثة الباقية ، وتصور أنه قد سد فى وجهه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع ، أقام دعواه المطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، ومحكمة الموضوع حكمت ، بعد استعراض وقائع الدعوى ، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية ، وبأن حق البائع فى المطالبة بالأقساط الباقية القائم على أساس الشراء لا يزال بابه مفتوحاً أمامه ، فإن قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه» (نقض فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧) .

هذا وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه «متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هى مصدر لا تعاقدى للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد . فإذا كان المستأجر قد التزم فى عقد الإيجار بأجرة رى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخصم له من أجرة الأطيان ، ثم دفع الصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطيان المؤجرة ، فخصمت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى الملزم هو بها ، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطيان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال ، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت» (نقض فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وكان الواجب ألا تخصم محكمة الموضوع من أجرة الأطيان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستحقة ، لأن هذه الزيادة لم يثر بها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصى فى ذمة المستأجر ، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر . لا لأن هناك سبباً للإثراء يمنع من الرجوع ، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود .

ومتى امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصبح هناك محل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو بغيرها من الدعاوى — هذا هو فى نظرنا الوضع القانونى الصحيح للقضية التى نحن بصددها .

هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا فى مثل متقدم، بل أيضاً من الدائن الذى عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذى قام بها دون أن يقبض أجر عمله ، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً فى عقد الإيجار وهو السبب القانونى لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن أو المقاول . والمثرى فى هذا المثل هو المؤجر ، والمفتقر هو الدائن أو المقاول ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين المثرى (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفتقر (وهو المستأجر)(١) — ومثل ذلك أيضاً شخص يثرى على حساب آخر ، ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث، فلا يستطيع المفتقر فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانونى وهو عقد الهبة ، وإن لم يكن المفتقر طرفا فى هذا العقد (٢).

---

(١) وقد قدمنا عند الكلام فى الإثراء غير المباشر أنه إذا لم يكن فى عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات من حق المؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يصلح عقد الإيجار لأن يكون سبباً لإثراء المؤجر ، ويجوز للدائن وللمقاول فى هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٣ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — الأستاذ حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧ — وانظر بلانيول وريبر وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩) .

(٢) وهذه حالة تلفت النظر ، فقد يكون الواهب معسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه ، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لما قدمناه . والذى يلفت النظر هو أننا قدمنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر ، إذ الموهوب له ، وهو يستبقى منفعة جلبها ، يفضل على المفتقر ، وهو يسعى لدرء الضرر عن نفسه . ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص فى هذه المسألة (هو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتى : «فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى» . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص ما يأتى : «فإذا تصرف المثرى بعوض فيما أثرى به ، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف ، لأن هذا الأخير قد أثرى بمقتضى سبب قانونى هو التصرف نفسه . أما إذا كان التصرف على النقيض من ذلك بغير مقابل ، فالأصل أن ينحصر حق الرجوع فى المثرى ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانونى هو عقد التبرع . بيد أن المشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى ، مقدما بذلك درء الضرر على جلب المنفعة ، ويكون للمفتقر فى هذا الفرض أن يرجع على المثرى أو على من صدر له التبرع ، وفقاً لمصلحته فى ذلك. فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمثرى ٨٠٠ جنيه، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه ، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) — ومما يؤسف له أن هذا الحل العادل خلا منه —

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المفتقر والغير دون أن يكون المثرى طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثرى)(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين ، لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء ، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد ، وذلك بالرغم من أن العقد أبرمه المفتقر مع غيرهم(٢) .

٧٧٥ — السبب فى الإثراء حكم من أحكام القانونه : وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء ، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانونى . مثل ذلك العمل غير

= المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى. وهذا ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد : «المشروع فى لجنة المراجعة : تليت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك) . وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص .

أنظر فى مثل آخر لعقد مبرم ما بين المثرى والغير يكون سبباً للاثراء محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ (شخص سرقت منه سندات ، وتعاقد اللص مع شخص آخر للحصول على مبلغ من المال فى نظير هذه السندات . فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير — وهو المثرى — وبين اللص — وهو غير المفتقر — يعتبر سبباً للاثراء . هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذى تعاقد مع اللص سىء النية) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٨ . ومع ذلك أنظر حكماً منها بغير هذا المعنى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ .

المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء . فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض ، لأنه قد كسبه بسبب قانونى هو العمل غير المشروع . ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء ، فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلا ، فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما لم يسقط منها بخمس سنين ، وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده (١) . كذلك قوة الشيء المقضى يعتبر سبباً مانعاً من دعوى الإثراء ، فإذا استبعد أحد دائنى التفليسة بحكم حاز قوة الشيء المقضى لأنه لم يتقدم فى الميعاد ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على السنديك ولا على أحد من سائر الدائنين (٢) . وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية ، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثرى دون سبب بقيمة الاستقطاعات التى كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن ، لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون ، والقانون هنا هو قانون المعاشات (٣) . وإذا أهمل المقاول فلم يقيد حق امتيازه ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائنى التفليسة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين ، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضى بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز (٤) .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٤٢ .

(٢) وكذلك إذا لم يتقدم دائن فى الميعاد يعارض فى قائمة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧) .

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٤ — ١ — ٤٨ — وانظر أيضاً هنرى وليون مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٤ ص ١٨١ .

(٤) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — كذلك إذا سدد مصرف دائناً مرتهناً وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول عله فسبقه رهن قانونى كان متأخراً عن الدائن المرتهن الذى استوفى حقه لم يجز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانونى بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية فى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إهمال =

المبحث الرابع

لاضرورة لأن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الاثراء باقيا وقت رفع الدعوى

٧٧٦ – موقف القانون المدنى الجديد: ذكرنا فى التطور التاريخى لقاعدة

= المفتقر بل هو وجود سبب قانونى للاثراء) – كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها فى قرض أقام به بناء على هذه الأرض ، ثم استحقت الأرض وقد ملك المستحق البناء بالالتصاق فامتد الرهن القانونى لزوجته إلى هذا البناء ، فإن الرهن الذى رتبه واضع اليد على الأرض يبطل لصدوره من غير مالك ، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن لإثرائها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون (محكمة باريس الاستئنافية فى ٥ يونية سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ – ٢ – ١٢٩) – وتقضى المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده معسراً ، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء فى ماله الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونبلييه الاستئنافية فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ – ٢ – ٢١٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى الإثراء المعنوى – أنظر أيضاً محكمة إكس الاستئنافية فى ١١ أغسطس سنة ١٨١٢ جورنال دى باليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ – ومحكمة بو الاستئنافية فى ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ – ٢ – ١٩٨) . ويرى الأستاذ مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٠٩) بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التلميذ لأن الإثراء هنا له سبب قانونى هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده ، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التلميذ بدعوى الفضالة لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ معاً ، ودعوى الفضالة خير له من دعوى الإثراء .

وإذا كان ناظر الوقف يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره ، فإن مركزه القانونى من الوقف – وهو ناظره – يمنعه من المطالبة بأجر على أساس أن الوقف قد أثرى على حساب جهوده . فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقف ، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره . ومن ثم لا نذهب إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض فى مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقف وجهة الوقف هى التى تمنع من المطالبة بدعوى الإثراء ، إذ الرابطة بين الناظر والوقف هى رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية . وهذا هو ما قررته محكمة النقض فى هذا الصدد : « الأصل فى الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة فى أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده ، فإن دعوى الإثراء على =

الإثراء بلا سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب. وأنها حتى بعد أن صار لها كيان ذاتي بقيت مغلولة بقيود لا يفسرها إلا ما صاحب القاعدة من تضييق في الماضي. وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع أن تظفر باستقلالها إلا مقيداً بشروط. إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها. فإنه لا يستطيع أن يبررها.

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا ، منذ قامت القاعدة مستقلة ، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى . وأن الإثراء الذي يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . والمبتدع لهذين القيدين هما الفقيهان الكبيران أوبري ورو على ما مر بنا .

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول . ولكنه هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني ، فظلا يقولان بأن من شروط دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

أما القانون المصري الجديد فقد تكفل بتكسير القيدين معاً كما أسلفنا القول. فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ثم هو قد نص صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد (١) . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها ، وأقيمت على أساس من

= سبب النير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين وهذه ليست حالته» (نقض ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢).

وهذا مثل آخر لوجود سبب للإثراء هو حكم من أحكام القانون : دائن مرتهن نزل عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر متأخر عنه . وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم ينل في التوزيع إلا جزءاً من حقه . ولكن الدائن الذي حل محله لم يتمكن لسبب يرجع إلى إجراءات التوزيع من الحصول على كل حقه . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للدائن الذي نزل عن مرتبته الرجوع بدعوى الإثراء على من أثرى من الدائنين بسبب عدم تمكن الدائن الذي حل محله من الحصول على كل حقه (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨) . ويمكن تعليل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع في التوزيع .

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد اكتفى المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض التقنينات تأثرت بما كان مأثوراً من المانعة أو التحرز في قبول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء —

المنطق السليم .

وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدين لنبرر موقف القانون المصرى الجديد منهما .

المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

§ ١ — القانون الفرنسى

٧٧٧ — اتفاق الفقه والقضاء بادئ الأمر على أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية : منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، على ما مر بنا فى التطور التاريخى لهذه الدعوى ، ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية «أن دعوى الإثراء بلا سبب ، وهى تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير ، لم يعرض لتنظيمها نص فى القانون ، فهى لا تخضع فى استعمالها لأى شرط معين ، ويكفى لقبولها أن يتقدم المدعى بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يثرى عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصى قام به(١)» ، ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع ، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف فى أغلال التبعية لدعوى الفضالة ، أصبحت طليقة من كل قيد ، فتحولت من النقيض إلى النقيض ، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به ، فلا تطغى على جميع نواحى القانون .

= قائماً إلى وقت رفع الدعوى (قارن المادة ١٤٢ من التقنين اللبنانى وهى تنص على هذا الشرط فى حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهذا ما تقضى به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (أنظر فى هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتينى) . ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر . ولا يزال التقنين اللبنانى (المادة ١٤٢) مبقيا على ما كان لدعوى « رد غير المستحق » من صفة احتياطية أو تبعية ، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتعمد إغفال النص عليه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ .

«وسرعان ما عثر الأستاذان أوبرى ورو على هذا القيد ، فقررا أنه يشترط فى دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى «دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة» (١) . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هى دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب فى حكمها المشهور الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (٢) . وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ (٣) .

٧٧٨ — *تزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه* : ولكن الفقه فى فرنسا ما لبث أن تزعزع عن موقفه ، وبدأ يتعمق فى بحث هذه الصفة الاحتياطية التى خلعها على دعوى الإثراء .

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin) ، فتساءل فى تعليقه على كتاب الأستاذين أوبرى ورو ماذا يريد الفقيهان بقولهما إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية (٤) ؟ ثم أخذ الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على

---

(١) أوبرى ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧ . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ٤١ — وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر فى هذا المعنى فى ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢ (أنظر تحليلا لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كابيتان فى كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدنى طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦) .

(٣) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٦) — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٦ — جوسران ٢ فقرة ٥٧٤ — ديموج ٣ ص ٢٨٧ — محكمة النقض فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — وفى ٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ ص ٥٨٧ — وفى ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ — ٢ — ١١٤١ وسيريه ١٩٤١ — ١ — ١٢١ .

(٤) أوبرى ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص ٣٥٥ . وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المراد بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة : ١) فإما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أية دعوى أخرى يتمكن بها الدائن من الوصول إلى حقه . ٢) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدها الدائن بغير خطأ منه . ٣) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدها الدائن ولكنها غير منتجة بسبب إعسار المدين فى هذه الدعوى الأخرى .

وجه أعمق فى مقال لممعروف(١). وأفاض بعد ذلك الأستاذ ألموزنينو (Almosnino) فى بحث الموضوع فى رسالة له مشهورة (٢). ثم خطا الأستاذ كابيتان خطوة

---

(١) «الإثراء بلا سبب والقضاء المدنى» (المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٢ ص ٣٥ وما بعدها). وقد ميز الأستاذ رواست فى هذا المقال بين فرضين: (الفرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستطيع الالتجاء اليها بجانب دعوى الإثراء، فهو لاشك يؤثرها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تعويضاً أوفى. وسواء كانت دعوى الإثراء فى هذا الفرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فالواقع من الأمر أن الدائن لا يلجأ اليها مادام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى. فدعوى الإثراء فى الفرض الذى نحن بصدده دعوى احتياطية على كل حال، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع. (والفرض الثانى) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء، ولكنها انسدت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء. وميز رواست فى هذا الفرض بين حالات ثلاث: أن تكون الدعوى الأخرى قد انسد طريقها لمانع قانونى، أو انسد طريقها بفعل الدائن نفسه، أو انسد طريقها بغير فعله ويكون ذلك عادة بإعسار المدين فى الدعوى الأخرى.

(٢) «الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية باريس سنة ١٩٣١». وقد بحث ألموزنينو فى هذه الرسالة جميع الفروض المتقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال: ١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها. ٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء. ٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد لمانع قانونى. ٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو. ٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بغير فعله (بسبب إعسار المدين فى الدعوى الأخرى).

ففى الحالة الأولى — حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن إلا دعوى الإثراء — لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، إذ هى الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن، وليس لديه غيرها للمطالبة بحقه.

وفى الحالة الثانية — حالة ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة — يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة. ويخالف البعض (ومنهم ألموزنينو) هذا الرأى، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويين. ولكن ألموزنينو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هى دعوى العقد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء، وتصبح هذه دعوى احتياطية.

وفى الحالة الثالثة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد لمانع قانونى — لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يداور المانع القانونى وتنجح الحيلة فى مخالفته. ومثل المانع القانونى قواعد الإثبات، فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً يزيد على عشرة الجنيهات لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء ليتمكن من إثبات القرض بالبينة، إذ أن دعوى الإثراء تقوم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق. ولا يبقى أمام المقرض إلا دعوى القرض، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ومثل المانع القانونى أيضاً التقادم، فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها وتقادم حقه بانقضاء

أبعد ، فتشكك فى أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، وتساءل

= سنة (م ٣٧٨ مدنى جديد)، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد انسد طريقها المانع قانونى هو التقادم . ومثل المانع القانونى أخيراً قوة الشىء المقضى ، فإذا باع قاصر عقاراً بغبن فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن (م ٤٢٥ مدنى جديد) فقضى له بالتكملة ، ثم نزلت قيمة العقار فى يد المشترى إلى أقل من أربعة أخماسه ، لم يستطع المشترى أن يرجع على القاصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التكملة ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى تكملة الثمن قد انسد طريقها المانع قانونى هو قوة الشىء المقضى .

وفى الحالة الرابعة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو — لا يجوز للدائن فى رأى رواست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التى انسد طريقها . وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا تجوز له مباشرتها ، ثم إن الدعوى الأصلية انسد طريقها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها . فإذا أقرض مصرف مديناً النقود التى سدد بها ديناً مرتهناً ، وأهمل المصرف فى أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحلوله محل الدائن المرتهن ، وترتب على ذلك أن رهناً قانونياً لقصر كان المدين وصياً عليهم سبق المصرف فى المرتبة ، فإن المصرف لا يستطيع الرجوع على القصر بدعوى الإثراء (نقض فرنسى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ١ — ٣٩٣ : قضية Arrazat) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الحلول محل الدائن المرتهن انسد طريقها بإهمال المصرف . وإذا كان شخص يملك كلبا فضل فى غابة للصيد وأفزع الطير فى الغابة ، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياما ، فإنه لا يستطيع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لما أنفقه عليه فى إطعامه (نقض فرنسى ١١ نوفبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٣ : قضية Rolland) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الفضالة انسد طريقها بإغفال صاحب الغابة أن يسلم الكلب للبلدية وهى التى تتولى إطعامه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ فى فرنسا . وإذا أهمل المقاول فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازه على بناء أقامه لشخص أفلس ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التفليسة (نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ٢٤ — ١ — ١٢٩ : قضية Marty) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى حق الامتياز قد انسد طريقها إذ أضاعها المقاول بتقصيره .

أما الأستاذ ألموزنينو فيرى أن دعوى الإثراء فى هذه الحالة هى دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو انسد طريق الدعوى الأخرى بفعل الدائن .

وفى الحالة الخامسة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إعسار المدين — فإذا كان المدين لا يستطيع الرجوع على المثرى، جاز للمفتقر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء ، وتكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية . مثل ذلك أن يتعاقد معلم مع والد التلميذ على إعطاء التلميذ درساً خاصاً ، ويفلس الوالد ، فيستطيع المعلم فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ (انظر ألموزنينو ص ١٥٧ وفى فروض أخرى ص ١٥٨ — ص ١٧٣) .

لماذا لا تكون دعوى أصلية (١) .

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء فى فرنسا وعند القضاء الفرنسى(٢) دعوى احتياطية على المعنى الذى قال به أوبرى ورو فيما قدمناه . والسبب فى ذلك ، كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان(Maravent)فى رسالته (٣) ، أن معنى «سبب الإثراء» لا يزال فى فرنسا محل خلاف ، ولم ينضبط على الوجه الذى انضبط به فى مصر . وسنرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى ، وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه والذى أخذ به القانون المصرى الجديد . وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء . لم تعد هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . ويغنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت ،بعد أن انطلقت من عقالها،فى حاجة إلى قيد تنضبط به . فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطيةالمزعومة التى ابتدعها الأستاذان أوبرى ورو ، بل يكون هو «سبب الإثراء» مفهوما على المعنى الذى قدمناه فيدخل قيداً فى الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب.

وسنرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدماً مشهوداً، وأن القانون المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الحاسمة .

§ ٢ — القانون المصرى

٧٧٩ — الفقه والقضاء فى مصر : سار الفقه والقضاء فى مصر بادىء الأمر فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى (٤) .

---

(١) أنظر كابيتان فى كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدنى طبعة ثالثة بباريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المرجع) .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين اللذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى .

(٣) مارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٩ — ص١٣١ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل١٩٢٩ م ٤١ص ٣٤٥ — وفى ١٣ يناير

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر ، وأخذ يتساءل: هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية؟ وننقل هنا ما كتبناه فى «الموجز» فى ظل القانون المدنى القديم :

«تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هى دعوى احتياطية. ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى. فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء ، فعليه أن يسلك هذا السبيل . مثل ذلك أن يغتصب شخص مالا لغيره فينتفع به ، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المغتصب بدعوى المسئولية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء. وقد يكون للمفتقر طريق آخر ، ولكن قبل الغير لا قبل المثرى. فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المثرى . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء ، بل يرجع على المريض بدعوى العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين فى ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقى ، دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن الذى استوفى الدين ، فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى » .

«ونحن لا نرى محلا للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى

= سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — إتياى البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام) . وانظر والتون ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١ — ذهنى فقرة ٧٠٥ وما بعدها — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ ص ٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع) — وينضم الدكتور وديع فرج فى مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . ويأخذ على القانون الجديد أنه نفى هذه الصفة عن الدعوى . ثم يقول إن التعديل الذى أدخله القانون الجديد له أثر عميق ، إذ يصح تطبيقا لهذا التعديل — بحسب رأيه — أن يختار صاحب الأرض التى بنى فيها أجنبي بحسن نية ، فى رجوعه على البانى ، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية. وواضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم البانى بحسن نية فى أرض الغير ، وهى تطبيق خاص لدعوى الإثراء ، كما أسلفنا القول . فتطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها فى حالة من حالاتها الخاصة . فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

احتياطية . فهى دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها، حتى لو وجد المدعى أمامه طرقاً أخرى . أما مايقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة ، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القانونية ، فقول كان يصح فى قانون كالقانون الرومانى حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة فى القانون البريطورى وقواعد القانون ممثلة فى القانون المدنى العتيق ، أو فى القانون الإنجليزى حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن «القانون العام» . أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون ، فكلاهما قانون يمكن الالتجاء إليه ، ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر» .

«أما ما قدمناه من الأمثلة التى رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ، فلا نرى فيها ما يمنع المدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء . فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسئولية التقصيرية قبل المغتصب ، ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض ، ويستطيع من وفى دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن ، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء . إلا أنهم لا يفعلون ، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء . ففيها يستولون على تعويض كامل ، أما فى دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار ..(١)» .

هذا ماقلناه فى «الموجز» فى ظل القانون القديم . ولانزال نقوله حتى اليوم ، وفى ظل القانون الجديد (٢).

وينحو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو فى رسالته «التصرف القانونى المجرد» ، بل هو يربط فى وضوح ما بين «السبب فى الإثراء» والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول : «يفسر الفقه فى فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطيـــة . . . وهذا فى رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد لمسألة الإثراء . ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب فى الإثراء بمعنى الغرض الشخصى المنشود . أما إذا

---

(١) الوجيز للمؤلف فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١ .

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاص بتحديد معنى «الافتقار» فى الأمثلة التى وردت فى النص. وسنعود إليه بالتفصيل فيما يلى .

أخذناه على معنى السبب المنشىء ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها فى الحالة المذكورة فى المتن (حالة المشترى الذى يدفع الثمن دون أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لا لأنها دعوى احتياطية ، وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد القائم »(١) .

وينهج الأستاذ ماراڤان(Maravent) فى رسالته هذا المنهج ، ويبين فى وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفى إذا فهم «السبب فى الإثراء» على الوجه الصحيح (٢).

هذا هو الفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة قبل صدور القانون المدنى الجديد. أما القضاء فى مصر فكان أقل وضوحاً فى إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ، ولكن محكمة النقض لم تصرح فى حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك (٣).

---

(١) الدكتور محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص١٩٦ حاشية رقم ٧ .

(٢) الدكتور ماراڤان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة١٩٤٩ ص ١٢٤ — ص ١٤٥ .

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو ستيت (فقرة ٥٣٣ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية . ويورد فى سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٨) تقول فيه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر» (أنظر أيضاً ماراڤان وهو يستشهد على هذا الرأى بنفس الحكم فى ص ١٢٧ حاشية ٢) . وغنى عن البيان أن الحكم غير صريح فى المعنى المنسوب إلى محكمة النقض . وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته فى صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقداً . ومن هنا نرى الارتباط القوى بين الصفة الاحتياطية والسبب فى الإثراء ، فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين .

على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تباشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للاثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء ، وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنها لا تباشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تباشر لأنها غير قائمة .

٧٨٠ — القانون المصري الجديد : وجاء القانون الجديد صدى الفقه المصري في مرحلته الأخيرة ، مستجيباً لدعوته ، جاعلا من دعوى الإثراء دعوى أصلية ، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى ، بعد أن رد إليها اعتبارها ، ونفى عنها الصفة الاحتياطية ، فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسئولية التقصيرية .

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذي وقفه القانون الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار في أية حالة لا يكون فيها للمدعي دعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التي من هذا القبيل كثيرة متنوعة . وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه . وهذا هو الميدان الحقيقي لدعوى الإثراء .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة ، ويقـال إن المدعي لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا تجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر ، فيتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء . مثل ذلك المعير يدفع العارية للمستعير وله في استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق ، فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء. ومثل ذلك أيضاً المغتصب لمال الغير ، يستطيع صاحب المـال أن يرجع عليه بدعوى الغصب ، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء .

والصحيح أن المعير في المثل الأول ، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء ، فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها غير قائمة أصلا ، إذ المثرى هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانوني هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم. وسنرى فيما يلي أن «سبب الإثراء» يغني في الكثرة الغالبة من الأحوال. كما أغنى في هذه الحالة ، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما في المثل الثاني فلا يوجد ما يمنع صاحب المـال من الرجوع على المغتصب بدعوى الإثراء ، فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب ، وإن كان في الواقع يختار دعوى الغصب إذ هي تهيء له تعويضاً أوفر . فدعوى الإثراء

لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون (١).

---

(١) وقد رأينا فيما نقلناه عن الموجز (فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١) مثلين آخرين : (١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض . (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين فى ذمته — وقلنا إننا لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى العقد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين ، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل المدين .

وفى هذين المثلين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى العقد ومع دعوى دفع غير المستحق وقد تجتمع مع دعوى المسئولية التقصيرية كما رأينا فى مثل المغتصب لمال الغير الذى أوردناه فى المتن ، وكما يقع فى المنافسة غير المشروعة وفى التقليد (contrefaçon) فيجوز للمدعى أن يرجع على المنافس أو المقلد بدعوى المسئولية التقصيرية أو بدعوى الإثراء . وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نسابة ميراثاً لشخص يجهل أنه وارث ، وكما إذا تولى محام عملا لصالح شخص دون توكيل ، فيجوز أن يرجع النسابة أو المحامى على من أثرى إما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء .

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية ، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى — كدعوى العقد أو دعوى المسئولية التقصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة — كان للمدعى الخيار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى . وفى هذا النطاق وحده يمكن أن نتصور أن تقوم دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها .

ويمكن القول — وهذا هو التحفظ الذى أشرنا إليه عندما كنا ننقل عن الموجز — إن دعوى الإثراء حتى فى هذا النطاق لا تقوم . ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى «الافتقار» تحليلا أبعد مدى مما قدمناه . إذ يلاحظ أن الافتقار فى كل هذه الأمثلة يقابله حق ترتب للمفتقر بسبب افتقاره . فالمغصوب ماله كسب بالغصب حقاً فى التعويض قبل الغاصب . والطبيب كسب بالعقد حقاً قبل المريض . والموفى لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن . ومن نوفس منافسة غير مشروعة أو قلدت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل المنافس أو المقلد . والنسابة والمحامى دون توكيل كسبا بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من ترافع عنه المحامى — فهل إذا كان المفتقر فى الوقت الذى افتقر فيه كسب حقاً يعادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق فى ماله ، يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود ؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قابله حق يعادله فانعدم ، فلا تقوم دعوى الإثراء فى جميع الحالات التى قدمناها ؟ إذا صح ذلك أمحى كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها ، فهذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما «سبباً» للإثراء أو «معادلا» للافتقار ، وفى الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء .

وهذا الرأى له مزيتان : (أولا) أنه يبسط المسألة التى نحن بصددها إلى حد كبير ، وبدلا من أن نفرض إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة ، ثم نتساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى مباشرة دعوى الإثراء ، نقرر فى بساطة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها =

بقيت الحالات التى تكون فيها الدعوى الأخرى التى قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد انسد طريقها ، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية ، ولا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسد. وجميع الأمثلة التى تورد عادة فى هذا الصدد ليست إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانونى ، فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى الإثراء ، لا لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها ليست قائمة . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود يزيد على عشرة الجنيهات ولم يحصل على دليل كتابى ، وأراد المقرض — بعد أن انسد أمامه طريق دعوى القرض لمانع قانونى هو انعدام الدليل الكتابى — أن يرجع على المقترض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبينة كواقعة مادية ، لم يجز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض (١) . وإذا أقرض مصرف مديناً مبلغاً من النقود سدد به دائناً مرتهناً،

= لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى . فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع . (ثانياً) أنه يجعل للافتقار «معادلا» له مزية التحديد التى جعلناه «لسبب» الإثراء . فكما أن الإثراء قد يكون له «سبب» هو المصدر القانونى الذى أكسب المثرى هذا الإثراء ، كذلك الافتقار قد يكون له «معادل» هو الحق القانونى الذى كسبه المفتقر بسبب هذا الافتقار . والافتقار «بعادل» كالإثراء «بسبب» ، كلاهما يعدم فى دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم .

هذا وقد تجتمع دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة ، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيمه هذا من بناء ملكا له . ثم يتعاقد المستأجر مع مقاول لإقامة البناء ، ويعجز عن الوفاء بالتزامه نحو كل من المقاول وصاحب الأرض ، فيلتزم هنا نحو المستأجر أن يعوض المقاول ويستولى على البناء . فللمقاول فى هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر . ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول ، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (أنظر محكمة السين الفرنسية فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ٢٩٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ مارس سنة ١٩١٩م ٣١ ص ١٨٦ يعارض حكماً آخر فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٨٦) .

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquet) جواز أن يباشر المقرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الوقائع القانونية التى تنطوى على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما فى جريمة خيانة الأمانة (تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ٤١) .

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للإثراء هو عقد القرض كما قدمنا. =

وأهمل المصرف فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلوله محل هذا الدائن المرتهن ، وترتب على ذلك أن دائناً متأخراً تقدم على المصرف ، وأراد المصرف — بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإهماله — أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء ، لم يجز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو

= وهذا هو شأن عقد المقاولة إذا أبرم كتابة بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (م ٦٥٨ فقرة ١ وفقرة ٢ مدنى جديد) ، فإذا حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بهما رب العمل كتابة ، وأراد المقاول الرجوع على رب العمل بزيادة فى الأجر ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى العقد إذ لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب العمل له سبب هو عقد المقاولة الأصلى .

وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التى يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها لمانع قانونى (أنظر الحالة الثالثة من الحالات الخمس التى بحثها ألموزنينو فى رسالته) . فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها ، وتقادم حقه باقتضاء سنة (م ٣٧٨ مدنى جديد)، وانسد طريق دعوى العقد بالتقادم ، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن المدعى عليه قد أثرى بسبب قانونى هو التقادم . وإذا باع قاصر عقاراً بغبن فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن فقضى له بالتكملة ، ثم نزلت قيمة العقار فى يد المشترى إلى أقل من أربعة أخماسه ، وانسد طريق دعوى تكملة الثمن بصدور حكم نهائى ، فإن المشترى لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على القاصر لأن هذا قد أثرى بسبب قانونى هو قوة الشىء المقضى .

وقد رأينا فيما قدمناه من الأمثلة أن المانع القانونى الذى ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للإثراء ، فيمتنع بذلك قيام دعوى الإثراء . فإذا لم ينقلب هذا المانع القانونى سبباً للإثراء ، انسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإثراء . وهذا قاطع فى أن دعوى الإثراء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال . ونأتى بمثل لذلك : نصت المادة ١٨٤ من القانون المدنى الجديد (م ١٤٨/٢٠٩ قديم) على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء » . فهنا وجدت دعوى استرداد غير المستحق . وانسد طريقها لمانع قانونى وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقادم ، ولكن القانون اصطنع هذا المانع بقدر فلم يجعله سبباً للإثراء ، وأجاز للغير الذى قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على المدين الحقيقى . ولا يقال ، إذا ترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم ، إن التقادم هو سبب للاثراء ، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين ، أى وقت أن أثرى ، لم تكن قد سقطت بالتقادم ، والعبرة فى الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سنرى .

حكم القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١). وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن يعطى التلميذ درساً خاصاً ، ثم يفلس الأب ، فتنسد أمام المعلم دعوى الرجوع عليه بالعقد لإعساره ، ويريد المعلم الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب ، لم يجز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام

---

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها بفعل الدائن (أنظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التي بحثها ألموزنينو في رسالته) . فإذا كان شخص يملك كلباً ضــل في غابة الصيد ، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً متوالياً تفقة إطعامه دون أن يسلمه البلدية ، فسد أمامه طريق دعوى الفضالة بفعله ، فإن صاحب الغابة لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الـكلب ، لأن هذا إذا كان قد أثرى فلإثرائه سبب هو قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ الذي يوجب في فرنسا تسليم الـكلاب الضالة للبلدية وهي التي تتولى إطعامها (أنظر رسالة ألموزنينو ص ١٥١ — ص ١٥٢ — ملرافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ — ص ١٤٢ — أنظر أيضاً محكمة إتياى البارود في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ وهي الأحـكام التي أشار إليها ملرافان في المرجع المشار إليه) . وإذا أهمل المقاول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازه على بناء أقامه لشخص أفلس ، فــد أمامه طريق دعوى الامتياز بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التفليسة ، لأن التفليسة إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز المقاول ، فلهذا الإثراء سبب قانونى هو أحكام القانون الخاصة بمراتب الدائنين (أنظر ألموزنينو ص ١٥٢ — ص ١٥٤ — ملرافان ص ١٤٠)

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر في قضية فرنسية هي قضية (Deschalottes) (نقض فرنسى ١٣ نوفبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٣ — ١ — ٤٣٣) : باع رجل أرضاً لخليلته بيعاً صورياً ، فرهنت الخليلة الأرض لمصرف في مقابل قرض أقامت به بنــاء على الأرض . فرفعت مطلقة البائع دعوى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية ببطلان الرهن الصادر من الخليلة لأن ملـكيتها للأرض ملـكية صورية ، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى إثراء قبل المطلقة التي أثرت من وراء بطلان الرهن إذا ارتفعت مرتبة رهنها القانونى على أموال مطلقها ومنها هذه الأرض . ويقول الأستاذ رواست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أهمل . وهــذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع ، وحبه أهمل فدعوى الإثراء لاتدفع بإهمال الدائن وقــد رأينا أن المفتقر سيء النية يرجع بدعوى الإثراء ، والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية أخطأت في إبطال الرهن ، لأن الصورية لا يحتج بها على الغير حسن النية . أما إذا فرضنا جدلا أن الصورية يحتج بها هنا ، فإن محكمة النقض تكون قد أصابت في إنكار دعوى الإثراء على المصرف الذى سد طريق دعوى الرهن بفعله ، وإذا كانت المطلقة قد أثرت ، فإن لإثرائها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بحفظ مراتب الدائنين (ملرافان ص ١٣٨ — ص ١٤٠ — ألموزنينو ص ١٤٤ — ص ١٥٠) .

الأب أن يقوم على تعليم ولده (١).

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية . فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها ، كان للمدعى الخيار بين الدعويين . وإذا كان يختار في الواقع الدعوى الأخرى ، فتبدو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية ، فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، وإما أن تكون هي الأجدى على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء .

وإذا كان هناك شيء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى ، فإذا استنفدها جميعاً ولم يستقم له أي منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل الذي يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية واحداً بعد الآخر ، فإذا استنفدها جميعاً ولم يقم أي منها سبباً لإثراء المدعى عليه ، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء (٢) .

المطلب الثاني

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١ — القانون المدني الجديد : نص القانون المدني الجديد صراحة في

---

(١) وقد رأينا أن محكمة مونبلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣) أجازت رجوع المعلم على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب . (أنظر ألموزنينو ص ١٥٧) وأنظر عكس ذلك بلانيول ص ١٠٩ .

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر ، فوهبها المشترى لثالث ، وفسخ البائع البيع وأراد الرجوع على المشترى فوجده معسراً ، فهو لا يستطيع الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، لأن الموهوب له قد أثرى بسبب قانوني هو حيازة المنقول بحسن نية (لا عقد الهبة لأن الواهب قد انفسخ سند ملكيته) . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد اشتمل على نص يجيز في هذه الحالة رجوع البائع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، ولكن النص حذف في لجنة المراجعة ، فخرج المشروع النهائي خالياً منه .

(٢) وإذا أخذنا بفكرة «المعادل» في الافتقار على الوجه الذي قدمناه أمكن أن نقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتي : يجب على المدعى قبل أن يلجأ إلى دعوى الإثراء —

المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد. ومعنى ذلك أن العبرة بحصول الإثراء . فمتى حصل وجد الالتزام فى ذمة المثرى ، وليس من الضرورى بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى .

٧٨٢ — **الرأى المعارض** : والرأى السائد فى فرنسا (١) هو الرأى المعارض. إذ يشترط هناك – كما كان يشترط فى مصر (٢) قبل صدور القانون المدنى الجديد – أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . وقد جاء فى «الموجز» (٣) فى هذا الصدد ما يأتى : «والقدر الذى أثرى به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن . ويبنى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات فى منزل للمدين ، ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى، فإنه لا يرجع بشىء على المدين .ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى

= أن يستعرض كل الأسباب التى تصلح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معادل للافتقار ، فإذا استنفدها جميعاً ولم يجد أياً منها يصلح لذلك ، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء .

(١) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ — أوبرى ورو طبعة خامسة ص ٣٦٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) — بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٥٠ — جوسران ٢ ص ٢٨٠ (١) — محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ — ٢ — ١٣٢ — محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ — ٢ — ٧٣ — محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٥٣ — وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١ .

(٢) دى هلتس ٢ ص ٢٩٩ — والتون ٢ ص ١٩٠ — الموجز للمؤلف ص ٣٨٧ — ص ٣٨٨ — ملرانان ص ٧٥ — ص ٨٣ . ومع ذلك قارن حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٥ وفقرة ٥٤١ وفقرة ٥٤٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قدمه له المدعى . فلا تقوم هذه الدعوى فى جميع الحالات التى يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة فى ماله قد زالت ، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أنفقه منها ، إلا إذا كان الإنفاق لضرورة من ضرورات المعاش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالإنفاق لهذا السبب لولا الزيادة التى أحدثها المدعى (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢ — محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٣ — محكمة أشمون الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ ص ١٩٥)

(٣) ص ٣٨٧ — ص ٣٨٨ .

وقبل صدور الحكم، فلا يؤثر هذا فى حق الدائن ، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى . على أن الإثراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً عن خدمات أداها الدائن للمدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى ، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم هلكت قبل التقاضى» .

وهذا الحكم الغريب — وهو البقية الباقية من مخلفات الماضى وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف فى الأغلال والقيود — يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية (١):

(١) أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين ، إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى ، فالوقت الذى يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذى تطلب فيه إعادته ، أى وقت رفع الدعوى

(٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة . فى الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى، لأن الفضولى وهو يولى جميلا لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر .

(٣) أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى .

(٤) أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى (٢).

---

(١) تنقل هذه الأسانيد عن مارانان بنوع خاص ، فهو من أنصار هذا الحكم ومن أكثرهم تحمساً له (أنظر مارانان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ — ص ٨٣) .

(٢) هذه هى الأسانيد الرئيسية . ويضاف إليها عادة حجج أخرى ثانوية منها :

«١» أن الإثراء دخل فى مال المثرى دون إرادته ، بل دون علمه فى بعض الأحيان، فكيف يجوز عدالة أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى ؟

«٢» يقع كثيراً أن يكون المفتقر هو السبب فى افتقار نفسه ، فواجبه أن يعجل فى رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (أموزنينو ص ٧٥) .

«٣» اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدى إلى نتائج عادلة فى الفروض الآتية : ١) إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلكت وقت رفع الدعوى فمن العدل أن ترد قيمتها الاسمية — وهى القيمة وقت رفع الدعوى — لا قيمتها الفعلية — وهى القيمة وقت الإثراء ، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية . ب) إذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها ، فمن العدل أن يرد الثمن فى حالة البيع أو لا يرد شيئاً فى حالة الهبة — وهذه هى قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى . أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين فى حالتى البيع والهبة . جـ) إذا كان الإثراء لم يتحقق ، كما إذا أقام مستأجر بناء —

٧٨٣ — الرأى الصحيح : والرأى الصحيح فى نظرنا هو الرأى الذى أخذ به القانون المدنى الجديد من أن العبرة فى تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى . وما دمنا نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التى أثقلتها فى الماضى ، فالواجب أن نتحاكم فى هذه المسألة، لا إلى تقاليد القاعدة، بل إلى المنطق القانونى السليم . وقد قدمنا أن مصدر التزام المثرى هو واقعة الإثراء ، ولما كان الالتزام يوجد بوجود مصدره ، فالتزام المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء. فمنذ أثرى المثرى أصبح ملتزماً . ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام ، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله . فيتعين إذن محل الالتزام — وقيمة الإثراء أحد عنصريه — وقت تحقق الإثراء . ويتبين من ذلك فى وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى .

هذا هو المنطق القانونى السليم. وهو عين المنطق الذى نراه فى جميع المصادر الأخرى للالتزام . فالالتزام الناشىء من العقد يتعين محله وقت تمام العقد . والالتزام الناشىء من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود إليه فيما يلى . والالتزام الناشىء من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة القانونية التى يرتب القانون عليها الالتزام ، جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك . فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً إذا قامت يتعين بقيامها محل الالتزام ، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقى العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب، ونستبقى لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشذوذ التى اشتهر بها فى الماضى ! إن القانون المدنى الجديد عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام ، وأن العبرة فى تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء ، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة ، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى ، وفك عنه آخر

= فى العين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار ، فمن العدل ألا يرجع المقاول بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى .

وسنتولى الرد على هذه الحجج عند الرد على الأسانيد الرئيسية .

خل كان به مشدود الوثاق .

٧٨٤ — نقض الرأى المعارض : أما الحجج التى يستند إليها الرأى المعارض فمن الميسور نقضها :

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين، فهذا صحيح. ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك ، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد . وما دامت العبرة بقيام الاختلال ، فما أولى أنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم ، فنى هذا الوقت وحده يستطيع القاضى أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال فى مكنته أن يصلحه! وقد أبى الأستاذ ديموج، وهو من أنصار الرأى المعارض، إلا أن يسير فى منطقه إلى نهاية الشوط ، فيقول بوجوب إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم (١). ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فمن بين الأوقات الثلاثة التى تتنازع المسألة التى نحن بصددها ، وقت وقوع الاختلال فى التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم ، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت ، لايدخل فى تحديده التحكم ، ولا يتعين تبعاً للمصادفات . وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال فى التوازن . أى وقت تحقق الإثراء. فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء .

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية الوهن . فالتمييز بين الدعويين لا يزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز . ولا يزال هناك فارق جوهرى بين دعوى الفضالة التى تجعل للفضولى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، ودعوى الإثراء التى لا تجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهرى هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويين ، فإن الفضولى يولى جميلا فكان له أن يسترد جميع مصروفاته

---

(١) ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١ .

الضرورية والنافعة ، أما المفتقر فليست عنده هذه النية ولذلك لا يسترد إلا أقل القيمتين .

(٣) وأما أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى . فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح . وإنما يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء . وسنرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً ، لا يوم رفع الدعوى .

(٤) وأما أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى . فهذه التقنينات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها ، لأنها إنما تسير فى قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدها الضيقة . وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل . وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب فى تضييق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذى تذهب إليه القوانين اللاتينية . فهى تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولا تقر الإثراء المعنوى بل تشترط أن يكون ذا قيمة مادية . فكل هذه التقنينات من لاتينية وجرمانية وقفت بالقاعدة عند تقاليدها القديمة ، وجمدت عن أن تسير بها فى طريق التطور (١) . على أن هناك تقنينين سجلا للقاعدة هذا التطور الأخير ، فنصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى ، وهما التقنين النمساوى (٢) والتقنين الأرجنتينى (٣) . فهل يعيب القانون المصرى الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى

---

(١) على أن بعض هذه التقنينات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدرا وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان المثرى سىء النية (م ١٢٧ من التقنين البولونى وم ١٤٢ من التقنين اللبنانى وم ١٨٢ من التقنين الصينى وم ٤٠٠ من التقنين السوفيتى) . وغنى عن البيان أن المثرى حسن النية لا يقل التزامه ، فى منطق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن التزام المثرى سىء النية ، إذ أن سوء النية أو حسنها لا دخل له لا فى ترتيب الالتزام ولا فى تحديد مداه .

(٢) ينص التقنين النمساوى — وهو فى صدد التمييز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، أى أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ ماراتان (ص ٨٢) — على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك ، فيقول فى المادة ١٠٤١ : «إذا استعمل شىء لمنفعة الغير ، من غير أن تكون هناك فضالة ، فلصاحب الشىء أن يسترده عيناً ، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التى كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك» .

(٣) ينص التقنين الأرجنتينى فى المادة ٢٣٤٣ على ما يأتى : «النقود التى تكون أنفقت فزادت فى قيمة شىء يملكه الغير ، أو ترتب على إنفاقها نفع للغير أو تحسين فى ملكه ، يعتبر إنفاقها أمراً نافعاً ، حتى لو زال الإثراء فيما بعد» .

الواجب فى التطور (١) !

---

(١) أما الحجج الأخرى الثانوية فهى أيضاً غير مقنعة :

١ — فأما أن الإثراء قد دخل فى ملك المثرى دون إرادته ، بل ودون علمه فى بعض الأحيان ، فلا يجوز أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى ، فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بنتيجتها . ذلك أن التزام المثرى بالرد لا ينشأ من إرادته ، بل ينشأ من واقعة مادية هى واقعة الإثراء ، فمتى تحققت هذه الواقعة تم الالتزام وتعين عليه فى الوقت الذى نشأ فيه . والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المثرى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انتفاء إرادته أى أثر فى مدى التزامه . ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة فى الأحوال التى يتحقق فيها الإثراء بإرادة المثرى وهى أحوال كثيرة ؟ أتراهم يفرقون بين حالة وحالة !

٢ — وأما أن المفتقر هو السبب فى إفتقار نفسه فوجب عليه أن يعجل فى رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء ، فهذه حجة غريبة ، إذ هى لا تقوم على أساس قانونى ، ولا هى تشمل كل حالات الإثراء ، فكثيراً ما يقع أن يكون المثرى هو السبب فى إثراء نفسه على حساب المفتقر . والسبيل القانونى لدفع المفتقر إلى تعجيل دعواه هو تقصير مدة التقادم ، وهذا ما فعله القانون الجديد .

٣ — وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدى إلى نتائج عادلة ، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس . والفروض التى سيقت فى هذا الصدد هى ذاتها التى تدل على ذلك: (١) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلكت وقت رفع الدعوى فليس من المطلوع فيه أن العدل يقضى برد قيمتها الاسمية — وهى القيمة وقت رفع الدعوى — دون قيمتها الفعلية — وهى القيمة وقت الإثراء . فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان للقائلين بهذه الحجة أن العدل على خلاف ما يقولون . على أن المنطق القانونى يقضى بأن السندات المستهلكة — وقد أصبحت ملكا للمثرى من وقت تحقق الإثراء — تدخل فى ذمة المثرى ويلتزم برد قيمتها الفعلية ، ثم هو الذى يتحمل تبعتها بعد ذلك ، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت . (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها فليس من العدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً فى حالة الهبة (وقد قدمنا أن المفتقر فى هذه الحالة لا يستطيع أيضاً الرجوع على الموهوب له) ، بل العدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فيرد هذه القيمة فى حالة الهبة ، ويرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن فى حالة البيع ، وما دام قد أصبح مالكا للعين فهو الذى يتحمل تبعتها ، زادت القيمة أو انخفضت أو انعدمت . (ح) وإذا أقام المستأجر بناء فى العين المؤجرة فإن المقاول لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار ، لا لأن قيمة الإثراء تقدر وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأى المعارض ، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق ، إذ أن المؤجر لا يتملك البناء إلا عند نهاية الإيجار .

على أن الرأى المعارض هو ذاته الذى يؤدى إلى نتائج غير مستساغة . من ذلك : (١) إذا كان الإثراء عملا قد تم أو منفعة قد استهلكت ، فمنطق الرأى المعارض يقضى بألا محل للرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى . ولم يتشبث أصحاب الرأى المعارض برأيهم هنا ، ولم يسعهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأى الآخر (أنظر مارتان ص ٧٧ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٥٠ — ديموج ٣ فقرة ١٧١) . (ب) إذا وفى شخص دين غيره ، فقد

ويتبين مما قدمناه أن الإثراء تقدر قيمته وقت تحققه . وهذا هو الوضع الصحيح للمسألة . فما دام الإثراء منذ تحققه دخل فى ذمة المثرى وأصبح ملكاً له ، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله الغنم ، وإن نقص أو زال فعليه الغرم . بهذا تقضى المبادىء الصحيحة ، وهذا ما يفرضه المنطق القانونى (١).

***

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت فى القانون المدنى الجديد من آخر ما كان يغلها من قيود . وهى بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها . فهل يكون هذا المصير هو مصير المسئولية التقصيرية ، إذ كانت فى القديم محصورة فى نطاق ضيق ، ثم أطلقت من قيودها ، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحى القانون(٢)؟

إن دعوى الإثراء فى حاجة إلى مثل هذا التطور ، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة فى الإثراء، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والنافعة ، وتبقى هذه الحالات فى نطاقها الخاص ، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق . كل هذا حتى يأتى اليوم الذى تتقلص فيه هـــذه الحالات الخاصة ، فتبتلعها القاعدة العامة فى الإثراء ، كما ابتلعت القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية الحالات الخاصة

= الدائن الذى استوفى حقه دعواه تسقط بالتقادم . فإذا أخذنا ها بالرأى المعارض لم يجز لمن وفى بالدين أن يرجع على المدين الحقيق بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بتقادم الدين . ولما كان هذا الحل غير مستساغ فقد جرى النص على خلافه (أنظر المادة ١٨٤ من القانون المدنى الجديد ــ وأنظر أيضاً المادة ٢٠٩/١٤٨ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسى) .(م) على أن الرأى المعارض ليس دائماً فى صالح المثرى ، بل قد ينقلب حربا عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى ، بدلا من أن يزول أو ينقص ، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الافتقار .

أنظر الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٤٠ ص ٣٩٤ ، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه القانون المدنى الجديد .

(١) ولما كان القضاء والفقه فى ظل القانون المدنى القديم قد جريا على أن تقدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء ، فإن القانون المدنى الجديد ــ وقد أتى بحكم مخالف ــ لا يكون له أثر رجعى فى هذه الحالة . فلو أن الإثراء هو زيادة فى منزل المثرى بفعل المفتقر ، وتحقق هذا الإثراء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى قبل نفاذ القانون الجديد ، واحترق المنزل بعد هذا التاريخ ، فإن المفتقر لا يرجع بشىء على المثرى تطبيقاً للقانون القديم .

(٢) أنظر ريبير فى القاعدة الخلقية ص ٩٠ ــ ص ٩١ .

فى الجنح المدنية .

هذه هى سياسة القانون المدنى الجديد : أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد ، فتصبح مثلهما مصدراً مستقلا للالتزام.

الفرع الثانى

أحكام الاثراء بلا سبب

٧٨٥ — الدعوى والجزاء : إذا توافرت الأركان التى قدمناها فى قاعدة الإثراء بلا سبب ، ترتبت أحكام هذه القاعدة ، ووجب على المثرى تعويض المفتقر .

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هى الطريق إلى هذا الجزاء .

ونستعرض فى مبحثين متعاقبين — كما فعلنا فى المسئولية التقصيرية — الدعوى والجزاء .

المبحث الأول

الدعـــــوى

نستعرض فى الدعوى ما يأتى : ١) طرفى الدعوى . ٢) الطلبات والدفوع . ٣) الإثبات . ٤) الحكم .

§ ١ — طرفا الدعوى

ا — المدعى :

٧٨٦ — من يكون المدعى : المدعى هو المفتقر ، فهو وحده الذى يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم مقامه النائب والخلف .

ونائب المفتقر ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه ، وإذا كان محجوراً هو القيم ، وإذا كان مفلساً هو السنديك ، وإذا كان وقفاً هو ناظر

الوقف . وإذا كان المفتقر رشيداً بالغاً فنائبه هو الوكيل .

والخلف هو الوارث أو الدائن ، وهذا هو الخلف العام . والمحال له وهذا هو الخلف الخاص . فإذا مات المفتقر حل وارثه محله فى المطالبة بالتعويض . ويجوز لدائن المفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملا حق المفتقر عن طريق الدعوى غير المباشرة . ويصح أن ينزل المفتقر عن حقه فى التعويض إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المثرى .

٧٨٧ — أهلية المدعى : ولا يشترط فى المفتقر أهلية ما . فناقص الأهلية — الصبى المميز والسفيه وذو الغفلة — يصح أن يفتقر بأن يثرى شخص على حسابه دون سبب قانونى ، فيصبح ناقص الأهلية دائناً للمثرى . بل قد يكون المفتقر عديم الأهلية ، كالصبى غير المميز والمعتوه والمجنون . فيثرى شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانونى . فيصبح عديم الأهلية دائناً للمثرى بالتعويض .

٧٨٨ — تعدد المدعى : وقد يتعدد المفتقر ، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء فى الشيوع . فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى ، كل منهم بقدر نصيبه فى التعويض . ولا تضامن بينهم ، بل لكل منهم دعوى مستقلة عن دعاوى الآخرين ، ويقدر القاضى تعويض كل على حدة ، وذلك لعدم ورود نص على التضامن فى هذه الحالة(١) .

ب — المدعى عليه :

٧٨٩ — من يكون المدعى عليه : المدعى عليه هو المثرى . فهو وحده المسئول عن تعويض المفتقر . ويقوم مقامه فى المسئولية النائب والخلف .

فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً فالسنديك ، وإذا كان وقفاً فالناظر (٢) ،

---

(١) وقد ورد نص على التضامن فى حالة تعدد الفضولى (م١٩٢ فقرة ٣) ، وسيأتى بيان ذلك .

(٢) ويكون الوقف مسئولا عن إثرائه بدون سبب قانونى ، وتتحدد مسئوليته عن التعويض بأقل قيمتى الإثراء والافتقار . والظاهر أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يقع على =

وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل .

وخلف المثرى هو وارثه ، ولكنه لا يرث التركة فى الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون . فتركة المثرى تكون هى المسئولة عن تعويض المفتقر ، وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل التركة. ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين، كمتجر مدين عن طريق الإثراء يباع وتحال ديونه على المشترى وفيها هذا الدين ، فيكون المسئول عن التعويض فى هذه الحالة هو المشترى للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً .

٧٩٠ — **أهلية المدعى عليه** : أتى القانون الجديد، كما رأينا، بنص صريح فى هذه المسألة ، فقضت المادة ١٧٩ بأن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم... » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «ولا يشترط فى المثرى توافر أهلية ما ، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء(١) » .

ولا شك فى أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم . وإذا كان الملتزم بالعقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد فى عقود التصرفات، فذلك لأنه يلتزم بإرادته، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت فى درجاته تبعا لخطر العقد. وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز ، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى ؛ ومن ثم جاءت مسئولية عديم التمييز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص فى القانون كما قدمنا. أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى نتطلب فيه التمييز ، بل إن

=قيمة الإثراء التى التحقت بالوقف. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يقم الدليل القاطع على أن إنشاء الوقف هو السبب المباشر فى إيقاع الضرر بدائنى الواقف ، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البوليصية من دائن سابق على إنشاء الوقف . ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للعقار الموقوف ، ولم يستوف الدائن حقه ، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إعسار الواقف ، جاز الرجوع على الوقف بدعوى الإثراء (استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤١ .

مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique) : هي واقعة الإثراء ، فمتى تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام في ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز. غير أن المثرى ، إذا لم يكن كامل الأهلية ، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلا . فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة ، فلا يحسب ما فقده من ذلك في تقدير إثرائه (١) .

٧٩١ — تعدد المدعى عليه : وقد يتعدد المثرى كما لو أثرى شركاء في الشيوع على حساب الغير ، فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر بالتعويض . ولا يكونون مسئولين بالتضامن ، بل يكون كل منهم مسئولا بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين: إثرائه هو وافتقار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء . ويقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيما مر بنا . وانتفاء التضامن عند تعدد المثرى كانتفاء التضامن عند تعدد المفتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن (٢) .

---

(١) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٢ . وفى حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يقضى فى الإثراء بلا سبب أن ناقص الأهلية إذا أبطل العقد يبقى ملتزما بمقتضى الإثراء ، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه ، بل يقتصر على ما خلص له من نفع محقق دون زيادة وعلى الفائدة التى جناها فعلا من وراء التزاماته . وكل من النفع والفائدة لا وجود له فى حالة ما إذا أعطى سفيه مالا حاجة له به إطلاقا نظراً لما يملكه من الموارد الشخصية (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٩) .

(٢) وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ فى دفع غير المستحق (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤) — ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن فى حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥) . وقضت كذلك بالتضامن فى الفضالة عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) — وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن فى هاتين الحالتين (أنظر ملرانان ص ١٥٧ — وهون فرانسوا جوريه ص ٢١٨ ومحكمة النقض الفرنسية فى ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩ — ١ — ٣٧٧) .

وليس ثمة شك فى القانون الجديد — كما لم يكن هناك شك فى القانون القديم — أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص فى القانون . وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون» . ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المثرين أو المفتقرين إذا تعددوا ، ولم يرد نص على التضامن إلا فى حالة واحدة هى حالة تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) وقد سبقت الإشارة إليها . ونخلص من ذلك بوضوح أن القانون الجديد ، كالقانون القديم ، يقضى بعدم التضامن إذا تعدد المثرى أو تعدد المفتقر (راجع ملرانان ص ١٥٨) .

§ ٢ - الطلبات والدفوع

(تقادم دعوى الإثراء)

أ - طلبات المدعى :

٧٩٢—يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار فى حدود ما نال المدعى عليه من إثراء . هذا هو ما يطلب المدعى ، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة . وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى ، إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر .

ويترتب على ذلك أن المفتقر إذا تقدم كفضولى أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه ، فلا شىء يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب ، ولا يحول دون ذلك قوة الشىء المقضى ، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب(١) .

---

(١) ويترتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند فى دعواه إلى الفضالة ، فلا يجوز له لأول مرة أمام محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : «إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أنفقه المدعى فى تكملة بناء على أرض المدعى عليهم اعتماداً على تكليف شفوى من أحدهم ، وأسس المدعى دعواه أولا على الوكالة ثم على الفضالة ، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له ، فلا يقبل من المدعى أن يطعن بطريق النقض فى هذا الحكم على أساس مخالفته للمادة ٦٥ من القانون المدنى بمقولة إن مبنى طعنه هو من الأسباب القانونية الصرف التى يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك لأن هذا الطعن فضلا عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لبحثها حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧) . كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالفضالة ، فقالت فى ذلك : «ولا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان فضولياً فى الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرض على محكمة الموضوع» (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤) .

ب — دفوع المدعى عليه :

٧٩٣ — كيف يرفع المدعى عليه الدعوى: يدفع المثرى دعوى الإثراء بأحد أمرين : إما بانكار قيام الدعوى ذاتها ، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة — الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب — لم يتوافر. وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام، فيدعى مثلا أنه وفى المفتقر ما يستحق من تعويض ، أو أنه اصطلح معه ، أو أن مقاصة وقعت ، أو أن المفتقر أبرأ ذمته ، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم .

٧٩٤ — الرفع بالتقادم: وتطبق القواعد العامة فى كل ما تقدم.والذى يعنينا الوقوف عنده قليلا هو الدفع بالتقادم . فقد أدخل القانون المدنى الجديد تعديلا جوهرياً فى هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، صارت الآن تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتى .

نصت المادة ١٨٠ من القانون الجديد على أنه «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق(١) » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى: « ينشىء المشروع فى هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى المطالبة بالرد أو بالتعويض ، ويقف على شخص من يلزم بذلك . وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء .... » بإضافة لفظ «بالتقادم» . وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها ، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة « بالتقادم» لأنها مفهومة من النص . ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التى قدمتها له لجنة القانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥) .

التقادم بالمدة الطويلة . ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام (١) .

وقد جرى القانون الجديد فى هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير لالتزام لا ينشأ من إرادة صاحبه . وقد رأينا أنه فعل ذلك فى المسئولية التقصيرية ، وسنراه يفعل ذلك أيضاً فى دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة . ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلا عن إرادة الملتزم متى علم به صاحبه لا يبقيه القانون المدة التى يبقى فيها التزاماً أنشأته إرادة الملتزم ، فالثانى دون الأول هو الذى ارتضاه المدين .

ويتبين من النص الذى قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بأقصر المدتين الآتيتين :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض . وهو لا يعلم بحقه فى التعويض إلا إذا علم بما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه . فلا يبدأ سريان التقادم فى حالتنا هذه من يوم قيام الالتزام فى ذمة المثرى ، بل من اليوم الذى علم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه . وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر الموقف ، وينظر فى رفع الدعوى فى خلال هذه المدة .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويبدو لأول وهلة أن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة فإن الدعوى تتقادم بانقضاء المدة الطويلة — خمس عشرة سنة من يوم قيام لالتزام — قبل تقادمها بانقضاء المدة القصيرة وهى ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثنتى عشرة سنة من يوم قيام الالتزام ، فلا تنقضى إلا بعد انقضاء مدة الخمس العشرة سنة . وهذا ما قدره القانون الجديد فاحتاط له ، ولم يغفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ . وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون الالتزامات السويسرى .

ليجعل لالتزام يتقادم بأسرعهما انقضاء (١) .

§ ٣ — الاثبـــات

١ — عبء الإثبات :

٧٩٥ — يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المفتقر. فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام فى ذمة المدين وهو المثرى (٢).

فعلى المفتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء فى جانب المثرى ومقدار هذا الإثراء . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال ، وقد تقدم بيان ذلك .

وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً فى جانبه ترتب عليه إثراء المثرى ومقدار هذا الافتقار .

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانونى . إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً ، ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك . وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن المفتقر إذا أثبت افتقاره وإثراء الغير فإنه يفرض ألا سبب للإثراء ، وإذا ادعى المثرى أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك (٣) .

ب — وسائل الإثبات :

٧٩٦ — لما كانت أركان دعوى الإثراء — الإثراء والافتقار وانعدام

---

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت فى ظل القانون القديم ، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة ، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقادم القصيرة التى قررها القانون الجديد هى التى تسرى إلى ما سبق أن قررناه فى هذا الشأن فى صدد التقادم فى بطلان العقد وفى صدد التقادم فى العمل غير المشروع (أنظر آنفاً فقرة ٣٢٣) .

(٢) استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧ .

(٣) أنظر فى هذه المسألة فرانسوا جوريه فى الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ ص ٣١٦ — ص ٣١٧ . أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للاثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرائن قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المفتقر إلى المثرى ثم من المثرى إلى المفتقر وهكذا .

السبب — كلها وقائع مادية ، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعاينة وبتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود وبالقرائن الأركان الثلاثة التى يقع عليه عبء إثباتها .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على عشرة جنيهات فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة فى العقود (١) . ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب قانونى لهذا الإثراء ، فلا تتوافر أركان القاعدة ، ولا يترتب فى ذمة المثرى التزام .

§ ٤ — الحكم

١ — الطعن فى الحكم بطريق النقض :

٧٩٧ — طرق الطعن فى الحكم : لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى الإثراء عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . وطرق الطعن العادية هى المعارضة والاستئناف . والطرق غير العادية للطعن هى التماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم والنقض .

ويعنينا هنا طريق الطعن بالنقض ، فنرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر فى قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة . ونتناول — كما فعلنا فى المسئولية التقصيرية — أركان قاعدة الإثراء الثلاثة : الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانونى .

٧٩٨ — الإثراء : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى يقدمها المدعى لإثبات ركن الإثراء ، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح . أما التكييف القانونى لما صح عندها وقوعه ، وهل هو يعتبر إثراء ، وهل هذا الإثراء إيجابى أو سلبى ، مباشر أو غير مباشر ، مادى أو معنوى ، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك

---

(١) فرانسوا جوريه ص ٣١٦ .

غير واجب ، فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لا تعقب عليه محكمة النقض .

٧٩٩ — الافتقار : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الافتقار . ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض . ويخضع لرقابتها اعتبار ما صح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً ، وهل هو افتقار إيجابى أو سلبى ، مباشر أو غير مباشر ، مادى أو معنوى . ووجوب قيام السببية المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون ، أما قيامها فعلا فى حالة بالذات فمسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة ، وتقدر بملابساتها وظروفها كما سبق القول . وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما فى تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال .

٨٠٠ — انعدام السبب : ويعتبر من مسائل القانون — ومن مسائله الدقيقة — تحديد معنى السبب ومتى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء .

كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون .

ويمكن القول بوجه عام — هنا كما فى المسئولية التقصيرية — أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانونى لهذه الوقائع ، ويدخل فى ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التى تكون فيه محكمة النقض هى المرجع الأعلى .

ب — الآثار التى تترتب على الحكم :

٨٠١ — الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض : الحكم فى دعوى الإثراء ، كالحكم فى دعوى المسئولية التقصيرية ، ليس هو مصدر حق المفتقر فى التعويض ، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه . فالحكم ليس إلا مقرراً هذا الحق ، لا منشئاً له . وحق المفتقر فى التعويض إنما نشأ من واقعة مادية ،

هي واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانونى. وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام فى ذمة المدين . ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية :

(١) تحديد مدى التزام المثرى - أى تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتقر أقل القيمتين- تكون العبرة فيه فى الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم . وهذا هو ما قررناه فى تحديد قيمة الإثراء . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا ننظر فى تحديدها إلى وقت صدور الحكم ، وسنبين ذلك فيما يلى .

(٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى ، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه فى التعويض الأصلى تعويضاً عن التأخير . ولكن هذا الحق فى التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار (١) ، لأن المادة ٢١٨ تقضى بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين (٢) .

(٣) يجوز للمفتقر - وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء - أن يتصرف فى هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى . فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير ، ولدائن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر فى التفليسة مع سائر الدائنين .

(٤) يسرى التقادم - ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قدمنا - منذ وقوع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثراء

---

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥) ، فالوكيل والفضولى يتقاضيان الفوائد من وقت الإنفاق .

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التى لاضرورة فيها للاعذار (أنظر م ٢٢٠) . فيجب إذن أن يعذر المفتقر المثرى وأن يطالبه فى الإعذار بتعويض عن التأخير . ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض . ولا محل هنا لتطبيق النص الخاص بسعر الفائدة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخاص بعدم اشتراط إثبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب (م ٢٢٦) . أنظر فى هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص ٣١٣ .

على حسب الأحوال ، لأن الحق فى التعويض قد وجد . ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكم . بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقادم القديم على ما سنرى .

٨٠٢ — الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه: وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض، إلا أنه هو الذى يقوم هذا الحق، ويغلب أن يقومه بمبلغ معين من النقود .

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق ، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا فى الحكم الصادر فى المسئولية التقصيرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ فقرة ٢) . ومتى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز للمفتقر أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥) ، كما يجيز له أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التى عينها القانون للتنفيذ .

المبحث الثانى

الجزاء أو التعويض

٨٠٣ — التعويض هو أقل قيمتى الافتقار والاثراء: رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المثرى دون سبب قانونى على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن »(١) .

فالتعويض إذن هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء . ولا يمكن أن يكون إلا ذلك . فإن المثرى قد أثرى على حساب المفتقر . فالتعويض لا يجوز من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢ .

جهة أن يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة ، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته ، وإلا لكان هو بدوره مثرياً على حساب المثرى دون سبب . ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المثرى حتى لو كانت خسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لا نحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الخسارة كاملة ، وإنما نحاسبه على ما وقع فى يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه ، ولو أنه رد أكثر مما كسب لكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب (١).

ونستعرض هنا مسائل ثلاثا : (١) كيف يقدر الإثراء. (٢) كيف يقدر الافتقار. (٣) ما يقترن به التعويض — وهو أقل هاتين القيمتين — من ضمانات .

---

(١) أما فى استرداد ما دفع دون حق وفى الفضالة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر فى هاتين الحالتين أجدر بالرعاية من المفتقر فى دعوى الإثراء بلا سبب .

وتلاحظ فى هذه المناسبة أن الحالات التى طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعيا — ونخص منها حالة البناء فى أرض الغير (م٩٢٤ — م٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م ٩٨٠ فقرة ثانية) — التزم المشرع فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية . فالبانى فى أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء فى الأرض فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هى قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هى قيمة الإثراء) . وكذلك الحال فيمن أنفق مصروفات نافعة فى ملك الغير بحسن نية . أما إذا بنى الشفيع فى العقار المشفوع وهو حسن النية (أى قبل إعلان الرغبة فى الشفعة) كان الشفيع ملزما تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه (وهذه هى قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (وهذه هى قيمة الإثراء) ، ولما كان المشترى هنا هو الذى يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتى الافتقار والإثراء ، وفى هذا خروج على القاعدة . أضف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيء النية فى حالة البناء فى أرض الغير وفى حالة المصروفات النافعة وفى حالة الشفيع إذا بنى بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام المثرى بالتعويض ، فإنه يدفع فى الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض ، وفى الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل . ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلتزم حدود القاعدة . وقد قدمنا أن النصوص التشريعية التى وردت فى هذه الحالات هى التى يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة . وفى هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها المتنوعة ، فهى لا تزال سائرة فى طريق التطور .

٤ ١ — كيف يقدر الأثراء

٨٠٤ — اعتبارات تراعى فى تقدير الإثراء: يراعى فى تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقت وقوعه كما قدمنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذى فصلناه .

ويراعى كذلك أن يخصم من قيمة الإثراء ما عسى أن يكون المثرى قد تكلفه من مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه .

ويراعى أخيراً فى التقدير ألا فرق بين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، فالتزام المثرى لا شأن له بنيته وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء فى ذاتها.

ونستعرض لتطبيق هذه المبادىء حالتين : (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى ذمة المثرى. (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملا أو إثراء سلبياً .

ا — الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى :

٨٠٥ — قد يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى أو تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى .

٨٠٦ — هل يجوز أن يكون الاثراء عينا تبقى فى ملكية المفتقر ؟ أما أن يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المفتقر ولا تدخل فى ملك المثرى — كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء (١) — فلا نرى أن تكون حالة من حالات الإثراء ، إذ العين لم تدخل فى ملك المثرى ولم تخرج من ملك المفتقر ، فليس هناك إثراء ولا افتقار ، بل هى عين مملوكة لشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر ، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب (٢).

---

(١) أنظر فرانسوا جوريه ص ٣١٤ وماراغان ص ١٥٠ .

(٢) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن هناك إثراء وافتقاراً ولكن دعوى الإثراء تجبها دعوى الاستحقاق ، فنحن لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (أنظر من أنصار الرأى الذى ننقده فرانسوا جوريه ص ٣١٥ — ص ٣١٦) .

٨٠٧ — الإثراء نقد دخل في ذمة المثرى: إذا كان الإثراء نقداً دخل في ذمة المثرى ، كما إذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر سواء كان كان في هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها ، فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد ، وينظر فيه إلى قدره العددى ارتفع سعر النقد أو انخفض . أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ما دام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب(١) . ويلاحظ أن المثرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد في غير منفعة .

٨٠٨ — الإثراء تحسينات استحدثها المفتقر في مال المثرى: تقدر قيمة هذه التحسينات بما زاد في مال المثرى بسببها وقت الاستحداث ، لا بما أنفقه المفتقر في استحداثها لأن هذه هي قيمة الإفتقار لا قيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات (٢) وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال (٣) وبناء طبقات جديدة (٤) .

ب — الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبي :

٨٠٩ — الإثراء منفعة : قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى كما لو سكن منزلا دون عقد إيجار(٥) ، وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية (٦) . فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو

---

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ — محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنه ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

(٤) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٥٦ — ويشترط أن تكون التحسينات ضرورية أو نافعة ولا يكفي أن تكون كمالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢) ، وأن تكون المصروفات أنفقت على العين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

(٥) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ .

(٦) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ — هذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستخلص من الأسلاك والمواسير ، والأولى أن يعتبرا مالا قائماً بذاته استهلكه المثرى =

بثمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء . ولا عبرة بأن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى (١) .

٨١٠ — الإثراء خدمة أو عمل : وقد يكون الإثراء خدمة أو عملا قدمه المفتقر إلى المثرى . مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث خفى ، والموظف الفنى الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل ، والسمسار الذى يقرب ما بين البائع والمشترى ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته . والمهندس الذى يضع تصميماً ينتفع به رب العمل . فى كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل . فالنسابة جعل الوارث يثرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده أن يكشفه . ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف الفنى . وكل من البائع والمشترى يثرى بقدرما عادت عليه الصفقة من فائدة . ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس من أجر على عمله . ولا ضرورة فى كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

٨١١ — الإثراء سلبى : وقد يكون الإثراء سلبياً ، كما لو دفع شخص ديناً على آخر ، أو قدم النفقة لزوجة تجب لها النفقة على زوجها ، أو أتلف متاعاً له لينقذ منزل جاره من الحريق . فى هذه الأحوال يكون المدين قد أثرى بقدر الدين الذى دفعه عنه المفتقر ، والزوج بقدر النفقة التى كانت واجبة عليه ، والجار بقدر ما أوشك من ماله أن يحترق (٢) . ولا عبرة هنا

= فدخل فى ذمته ، فيكون مثل النور والماء مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلكت بل عن طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى .

(١) وفى هذه الأمثلة التى قدمناها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون بالضرورة قائماً وقت رفع الدعوى لأن المنفعة قد استهلكت قبل ذلك .

(٢) وقد وقضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى هذا المعنى بأن الدائن الذى حجز على مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنبياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة بيعاً إداريا للوفاء بضريبة كانت فى ذمته . ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبقى لها محل إذا كان هذا الأجنبى قد خصم مبلغاً يساوى للمبلغ الذى انتفع به فى سداد الضريبة من دين له فى ذمة شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى .

§ ٢ — كيف يقدر الافتقار

ا — تقدير مدى الافتقار :

٨١٢ — ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء .

فإذا كان الافتقار نقداً فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء ، ذلك أن مقدار النقد الذى دخل فى ذمة المثرى هو عين مقدار النقد الذى خرج من مال المفتقر . ويكون التعويض هو هذا المبلغ وفوائده على النحو الذى بيناه عند ما يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى .

وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر ، قدر مداه بما انفقه المفتقر فى استحداثها ، ويعطى أقل القيمتين : ما أنفقه فى استحداث التحسينات وهذا هو مدى الافتقار ، وما زاد فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وهذا هو مدى الإثراء .

وإذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثرى ، فيغلب أن يكون للافتقار والإثراء مدى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فيعطى المفتقر قيمة هذا الأجر تعويضاً .

وإذا كان الافتقار خدمة أو عملا أداه المفتقر للمثرى ، فإن كان المفتقر محترفاً كالمحامى والموظف الفنى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن محترفاً فإن افتقاره يقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المفتقر قد جاب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ب — وقت تقدير الافتقار :

٨١٣ — بقى أمر هام هو الوقت الذى يقدر فيه الافتقار . ويجب القول هنا أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كما هو الأمر فى تقدير الإثراء ، ولا وقت

رفع الدعوى ، بل وقت صدور الحكم . ذلك أن الافتقار فى دعوى الإثراء يقابل الضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية . وقد رأينا فى المسئولية التقصيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف ، فإن العبرة فى تقديره تكون بيوم صدور الحكم .

وحتى نقارب ما بين الافتقار فى دعوى الإثراء والضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية من حيث تقدير كل منهما وقت صدور الحكم نفرض أن المفتقر وهو ينقذ منزل جاره من الحريق أصيب بحروق هى مدى افتقاره ويراد تقويمها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت وانقلبت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم فلا شك فى أن القاضى يدخل ذلك فى حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الإصابة وأصبحت أقل خطراً حسب القاضى مدى الافتقار مراعياً ما طرأ على الإصابة من تحسن . وهذا هو عين ماقدمناه فى تقدير الضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية .

ويمكن تعليل هذا الفرق فى الوقت الذى يقدر فيه الافتقار والوقت الذى يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتى :

أن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديراً نهائياً وقت وقوعه ، فهو يدخل فى مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيتحدد بذلك مقداره . ولذلك تكون العبرة فى تقديره بوقت تحققه . والمثرى ، وقد أصبح مالكاً له ، يتحمل غرمه ويكسب غنمه ، فى نقصه أو فى زيادته . أما الافتقار فكالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديراً نهائياً إلا وقت صدور الحكم . ذلك لأنه يخرج من مال المفتقر على وجه غير محقق . ولا يستطاع أن يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المفتقر ما دام الافتقار قابلا للتغير إلا فى الوقت الذى ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة . وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلا للتغير ، ولكن قوة الشىء المقضى هى التى تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته .

§ ٣ – ما يقترن بالتعويض من ضمانات

٨١٤ – التعويض دين شخصي لا امتياز له : إذا حدد التعويض الواجب للمفتقر ، وهو أقل قيمتي الإثراء والافتقار ، كان هذا ديناً له في ذمة المثرى . وهو دين شخصي لا امتياز له ، لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص في القانون . فيتحمل المفتقر في مال المثرى مزاحمة سائر الدائنين حتى في القيمة التي زادت في مال المثرى بسبب افتقار المفتقر .

٨١٥ – الحق في الحبس : وقد يثبت في بعض الأحوال للمفتقر الحق في حبس مال المثرى حتى يستوفى حقه من التعويض ، وذلك إذا كانت قيمة الإثراء التي أحدثها موضوعة في حيازته ، فله الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض الذى له عند المثرى تطبيقاً لنص المادة ٢٤٦ . مثل ذلك أن يستحدث المفتقر تحسينات في أرض المثرى ، فله أن يحبس الأرض حتى يستوفى حقه في التعويض .

الفصل الثاني

دفع غير المستحق – الفضالة

٨١٦ – صورتان متميزتان من صور الإثراء بلا سبب : للإثراء بلا سبب صورتان متميزتان عن سائر صوره هما دفع غير المستحق والفضالة .

أما أن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء فلأن المفتقر هنا يدفع ديناً ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه، فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء في صورتها العادية، أو يرجع على الدائن الذى دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى الإثراء . ذلك أن الدائن الذى استوفى حقه قد أثرى بسبب قانوني هو الوفاء. ولما كان المفتقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء للغلط ، فيزول السبب القانوني للإثراء، ويصبح إثراء الدائن دون سبب، فيسترد المفتقر منه مادفعه. ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب ، ثم انتهى إلى

أن يكون بغير سبب(١) .

وأما أن الفضالة هي أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء ، فذلك أن الفضولي وهو يفتقر ليثرى غيره قد فعل ذلك متفضلا عن عمد ، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذى لا يتعمد هذا التفضل . ولهذا كانت حقوق الفضولى قبل المثرى وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر فى دعوى الإثراء. ونتكلم الآن فى كل من هاتين الصورتين .

الفرع الأول

دفع غير المستحق (*)

(Paiement de l'indû)

٨١٧ — قدمنا أن دفع غير المستحق يرتب للدافع فى ذمة المدفوع له التزاماً برد ما أخذ دون حق . ونتناول هذا الالتزام فى أركانه ثم فى أحكامه .

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٨١ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده» .

(١) أنظر محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١/١٤٠ ص ٣٤٠ — المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩ . وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ .

(*) المراجع : دى هلتس الجزء الثانى Exécution — Paiement — مالتون الجزء الأول — والتون الجزء الثانى — الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات — الدكتور محمد وهيبة فى الالتزامات — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات للمؤلف — الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوبرى ورو الطبعة الخامسة الجزء السادس — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى — كولان وكابيتان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى .

« ٢ — على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء» .

ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتى :

«يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتى :

«١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل» .

«٢—على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (١)»

---

(١) تاريخ النصوص —م١٨١:ورد هذا النص فى المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدى— وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ فى المشروع النهائى — ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» فى آخر الفقرة الثانية،تحت رقم١٨٦ . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، بعد الاستعاضة عن كلمة «التسليم» بكلمة «الوفاء» فى آخر الفقرة الثانية فى هذه المادة وفى المواد التالية ، وأصبح رقم المادة ١٨١ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٦ — ص ٤٤٧) .

م ١٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٢٥١من المشروع التمهيدى — وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ فى المشروع النهائى — ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» ، تحت رقم ١٨٧ — ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام »بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام» ، وأصبح رقم المادة ١٨٢ — ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨ — ص ٤٥٠) .

م ١٨٣ (أنظر تاريخ النص فيما يلى) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظرة العامة لهذه النصوص ما يأتى : «وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلا كافياً — فبين نطاق تطبيق القاعدة العامة ، وأفرد نصوصاً خاصة برد غير المستحق فى أحوال الوفاء ممن لا تتوافر له الأهلية ، أو ممن يقع تحت سلطان إكراه ، وكذلك فى أحوال الوفاء بالتزام لم يتحقق سببه ، أو زال سببه بعد تحققه . وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين. . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩).

ويقابل هذه النصوص فى القانون المدنى القديم نص واحد هو نص المادتين ٢٠٦/١٤٥ ، ويقضى بما يأتى :

«من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده» .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق : (١) الوفاء بدين غير مستحق من بادىء الأمر (٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

ونبحث كلا من هاتين الحالتين ، ثم نكيف فى ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

المطلب الأول

حالتا دفع غير المستحق

§ ١ — الوفاء بدين غير مستحق من بادىء الأمر

٨١٩ — ركناه : تقوم هذه الحالة على ركنين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للإبطال .

الركن الأول — دين غير مستحق وقت الوفاء به :

---

٨٢٠ — أسباب ثلاثة لعدم استحقاق الدين : يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً فى ذمته وقت الوفاء. ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية : (١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

٨٢١ — (١) الدين منعدم من الأصل : يكون الدين منعدماً من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلا فى وقت من الأوقات. مثل ذلك وارث يدفع ديناً ظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين ، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته ، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه مسئولا فدفع التعويض ثم اتضح

بعد ذلك أن أركان المسئولية لم تتوافر(١) .

كذلك يكون الدين منعدماً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له . فهو منعدم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه فى ذمة غير الدافع ، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه(٢). وهو منعدم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً فى ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير الدائن .

ويكون الدين أخيراً منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلا أيا كان سبب البطلان (٣)، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل دينا طبيعياً (obligation naturelle) لا جبر فى تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢).

٨٢٢ — (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق :
وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق ، ولكنه لم يستحق .

---

(١) هذا ما لم يكن المسئول قد صالح المضرور على مبلغ معين ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يسترده ، حتى لو ظهر أن أركان المسئولية لم تتوافر . ويعتبر الدين لا وجود له أصلا إذا دفع المدين أكثر مما هو واجب عليه . فما زاد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مختلط فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ص ٣١٩) . ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلا إذا تقاضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٣٣٠) ، أو تقاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١١ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨١ ص ٢٠٨).

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع ، ويكون دفعه الدين مبرئاً لذمة المدين ، وله أن يرجع عليه لا على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥) .

(٣) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «.... إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذى أداه إطلاقا : كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزما به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين فى عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

أما إذا كان العقد قابلا للابطال ، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أبطل العقد استرد ما دفع ، وهذه هى إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهى حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق . وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية العقد للابطال اعتبر الدفع إجازة للعقد ، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع .

وتقول المادة ١٨٢ فى هذا الشأن إنه « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه(١)». فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع ، سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه ، يكون دفعه دفعاً لدين لم يستحق . يستوى فى ذلك كما قدمنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى فى وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى فى وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع ديناً مستحقاً ، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية لدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلى .

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وتقول المادة ١٨٣ فى هذا الشأن إنه «يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل». فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً لدين لما يستحق ، أى لدين غير مستحق وقت الوفاء .

٨٢٣ — (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به : وقد يكون الدين ترتب فى ذمة الدافع للمدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء ، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه. مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاه المورث ولم يعثر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى (٢) ، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين ديناً معلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق (أنظر التقنين اللبنانى م ١٤٥ فقرة ١) . وتجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء فى خلال فترة التعليق قبل أن يعلم مصير الشرط (أنظر المادة ١٤٣٤ من التقنين النمساوى والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التقنين البرازيلى والمادة ٣٨٩ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤٩) .

(٢) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ .

أو بالإبراء ووفاه المدين للدائن بالرغم من انقضائه . فى جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى ، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق .

ب . الركن الثانى — عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للإبطال :

٨٢٤ — عمل من أعمال الوفاء: يجب على الدافع أن يثبت أن الدين غير مستحق على النحو الذى فصلناه فيما تقدم ، وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء. وليس من الضرورى أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً ، بل يكفى أن يكون قد أعطى مقابلا للوفاء (dation en paiement) ، أو أعطى إقراراً جديداً بالدين[١] (reconnaissance de dette) أو رتب تأميناً خاصاً لضمان الوفاء ، أو قاص الدين فى دين له ، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة . وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هى تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة[٢] .

---

(١) ومن أعمال الوفاء أن يحرر المدين لدائنه سنداً بدين ، ولا يدخل هذا السند فى المحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين ، وهى المحاسبة التى يستوفى فيها الدائن حقه ، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن السمسار الذى يحصل على سند من عميله بمبلغ يذكر له سبب صورى (أشغال معمارية) ، وثبت أن السند قد حرر عن دين سمسرة سبق أن استوفاه فى المحاسبة النهائية ، يكون قد استوفى الدين مرتين ، وقالت فى هذا الصدد : «ولما كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذى حرر به السند) لم يدخل فى المحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمسرة فيكون من حق المطعون عليهما الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين . ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه الحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها فى الأوراق ، بل هى الوقائع التى بسطها المطعون عليهما فى مذكرتهما شرحاً لحقيقة الحال ، وثبت للمحكمة صحتها فأقرتها ، وإن كانت قد خالفت المطعون عليهما فى التكييف القانونى لدعواهما ، إذ هما بعد أن سردتا الوقائع السابقة توهمتا أن هذه الوقائع تجعل السند سند مجاملة أو هكذا أرادتا أن تصفاه ، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التى اقتنعت بصحتها الوصف القانونى الصحيح وهو رد ما قبض بغير حق ، وأقامت قضاءها على هذا الأساس ، وهو أمر لا سبيل للنعى عليه» . (نقض فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ فى الطعن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة وهو لم ينشر بعد) .

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويقتضى العمل أن يكون من واجب من يدعى أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما —

٨٢٥ — عيب يشوب الوفاء فيجعله قابلاً للإبطال : فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذى بيناه ، فالمفروض أنه دفع عن غلط (١) وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف . فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص ديناً غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه . ونرى من ذلك أن الغلط ، وهو العيب الذى يشوب الوفاء عادة ، مفروض لا يكلف الدافع إثباته (٢).

= قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانونى وتخضع بذلك للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة . وقد نصت المادتان ٧٩/٧٤ من التقنينين التونسى والمراكشى على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة الذمة منه تنزل جميعاً منزلة الوفاء . وقد قصد المشروع من عموم العبارات التى استعملت فى صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهها ، فاستهل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ، دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به . أما الأمر الثانى فقيامه بالوفاء عما لم يكن مستحقاً فى ذمته . . . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

(١) الغلط هنا هو الغلط الذى يعيب الإرادة بشروطه المعروفة . ويستوى أن يكون غلطاً فى الواقع أو غلطاً فى القانون . ولا يعتبر الغلط فى تشريع مبهم ، ترددت المحاكم فى تفسيره واختلفت ، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعاً لدى القضاء (استئناف مختلط فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦) . وكذلك الغلط فى تفسير نظام شركة لا يكون سبباً للاسترداد إذا كان هذا التفسير مسلماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧) .

وكالغلط التدليس ، فإذا تواطأ الدائن مع المدين ، وتقدم فى التوزيع بمبلغ أكبر من حقه ، وتنازل المدين عن المعارضة ، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاطر المدين الزيادة ، فإن الدائنين المتأخرين فى المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(٢) كان القضاء المصرى ، فى ظل القانون القديم ، يقضى بأن الدافع هو الذى يكلف إثبات أنه كان فى غلط عندما دفع (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . ولكنه كان يتساهل فى استخلاص قرائن قضائية — تقبل بداهة إثبات العكس — على أن الدافع كان فى غلط . فالوفاء الحاصل من أحد أقارب المدين وهو يجهل مضمون الحكم الذى قضى بالدين وليست لديه وسيلة التثبت من أن =

ولكن هذه القرينة القانونية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز للمدفوع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بما دفع . فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية أخرى ، هي الآن في مصلحة المدفوع له ، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما أراد به الدافع أمراً لا يجيز له استرداد ما دفع . فقد يدفع ديناً واجباً على غيره فضالة أو تبرعاً ، فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى الفضولي على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان قد دفع تبرعاً . وقد يدفع ديناً طبيعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام ، فلا

= المبلغ الذي يطالب به الدائن هو بقدر الدين ، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع يزيد على الدين (استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . والوفاء الحاصل من المدين على طريقة لم يرض بها إلا بعد أن أكد له الدائن تأكيداً قاطعاً أن هذه الطريقة هي وحدها الصحيحة قانوناً لا يعتبر تفسيراً للعقد متفقاً عليه ، بل يعتبر أنه قد وقع عن غلط (محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص ٢٧٣) .
كما كان القضاء يتساهل في استخلاص قرائن قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة . فقيام أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه في الخسارة يتضمن إقرار هذا الشريك بوقوع هذه الخسارة ، فعليه هو ، إذا أراد استرداد ما دفع ، أن يثبت أنه دفع عن غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) — وقد وصل القضاء المصري في النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفوع له ، فقضى بأنه إذا دفع المدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه ، لأنه إذا كانت إحدى هاتين المرتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح ، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب ، ومن ثم لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أي تصرف قانوني آخر ، وهذا ما يجب على المدفوع له أن يثبته (استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) . وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط ، وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى .

ولكن المحاكم المصرية كانت تقضي على كل حال ، في ظل القانون القديم ، بأن دفع غير المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٦ — وفي ٢٠ يونية سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٣ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) .

هذا ويلاحظ أنه إذا اشترط في الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد ما دفع ، فليس من الضروري أن يكون المدفوع له قد قبض غير المستحق عن غلط ، فقد يكون سيء النية كما يكون حسن النية ، وفي الحالتين يرد ما أخذ دون حق على تفصيل سنعرض له فيما يلي .

يسترد ما اداه باختياره (م ٢٠١) . وقد يريد بالدفع أن يجيز عقداً قابلا للإبطال ، فينقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له . وقد يدفع ديناً مؤجلا قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يعجل الوفاء متنازلا عن الأجل ، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشيء على المدفوع له(١) .

وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين :

(أولا) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع : وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسترد ما دفع ، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذي دفعه لم يكن مترتباً في ذمته (٢) .

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طولب به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة ، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله ، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة ، في هذه الحالة يستطيع أن يسترد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق (٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ما عليه من الضرائب ، ثم

---

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلا وهو على بينة من الأمر — كما إذا دفع وصية عدل عنها الموصي أو ديناً معلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة باطلة لأنها لم تفرغ في ورقة رسمية — فقد يريد بذلك أن يتبرع للمدفوع له بما دفع معتقداً أن هذا واجب أدبي قد ترتب في ذمته ، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي فلا يسترد ما أداه من ذلك باختياره .

وقد يكون الدين الذي أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالبطلان ، كما إذا دفع دين قمار أو فوائد ربوية ، فيستطيع في هذه الحالة أن يسترد ما دفع بالرغم من علمه بالبطلان ، لأن هذا الحل هو الذي يقتضيه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ فقرة ١ وهي تجيز استرداد الفوائد الربوية و م ٧٣٩ فقرة ٢ وهي تجيز استرداد دين المقامرة والرهان) .

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً في ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحاً مبرئاً للذمة إذا لم يلحق به ضرراً ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : «ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي» .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم في مخالفة ، ونفذته النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه ، فإن هذا الأخير يجوز له ، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه ، أن يسترد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على =

طولب بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله ، فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق ، فيجوز له فى هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع(١) .

= الأجرة المعتادة لهذه الأعمال ، وبخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفاصيل عن الأعمال المطلوبة لينفذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٥ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٤ ص ٢٥٢ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٣ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلا عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك» (نقض فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشىء المقضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة . على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشىء المقضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير فى الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق فى أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٨ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢) .

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «فإذا أقام المدعى هذا الدليل (على أنه وفى ديناً غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نص التقنين الأسبانى على ذلك صراحة ، فقرر فى المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ فى الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلا أو ما سبق أداؤه . ويضيف النص إلى ذلك : ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مشروع آخر . والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ فى الوفاء . فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن بينة من الموفى ، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه : كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠) .

§ ٢ – الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦ – ركناه: تختلف هذه الحالة عن الحالة التى سبقتها فى أن الدين الذى دفع فى الحالة السابقة لم يكن مستحقاً فى ذمة الدافع وقد وفاه هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية ، أما الدين الذى وفاه الدافع فى الحالة التى نحن بصددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة هى الأخرى على ركنين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء. (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به.

ا . الركن الأول – وفاء صحيح بدين مستحق الأداء :

٨٢٧ – هذا هو عكس ما قررناه فى الحالة السابقة، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء ، أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بعقد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال . فما دام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، وما دام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله ، فإن الالتزام الناشىء من العقد يكون ديناً مستحق الأداء ، ويلزم المدين بالوفاء به .

وسواء وفى المدين الدين اختياراً أو إجباراً فإن وفاءه صحيح ، ولا يشوب الوفاء هنا ما يشوبه فى الحالة السابقة من عيب، إذ الدين صحيح وواجب الأداء، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرىء للذمة .

ب . الركن الثانى – زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به :

٨٢٨ – وما دام الدين صحيحاً واجب الأداء ، وقد وفى به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولكن الذى يحدث فى هذه الحالة ، فيفتح السبيل إلى الاسترداد ، هو أن السبب الذى كان مصدراً لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذى كان الالتزام معلقاً عليه ، أو يفسخ العقد الذى كان قابلا للفسخ ، أو يبطل العقد الذى كان قابلا للإبطال . ففى هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذى وفى به المدين ، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به ، قد زال سببه فأصبح غير مستحق ، ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفى ديناً غير مستحق

فيجوز له استرداده (١) .

ونورد أمثلة على ما قدمناه :

شخص يشترى عيناً تحت شرط فاسخ ، ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط . هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق .

مشتر يدفع ثمن ما اشتراه ، ولكن المبيع يستحق فى يده ، فيفسخ البيع . هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويسترد من البائع ما دفع . وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض فى الصورة العملية الآتية : عقار مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين وفاء لحقوقهم ، ثم يستحق العقار فى يد الراسى عليه المزاد وينتزعه منه المالك الحقيقى . لا شك فى أن الراسى عليه المزاد فى هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه — وهو البائع — بضمان الاستحقاق. ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم ما دفعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق ؟ تردد القضاء الفرنسى فى ذلك ، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين (٢) . ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع فى المزاد قد انفسخ باستحقاق المبيع ، فأصبح الراسى عليه المزاد غير مدين بالثمن ، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وفاهم ديونهم ، فيرجع عليهم بما دفع . ويتبين من ذلك أن الراسى عليه المزاد يكون فى هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو الرجوع

---

(١) وإذا كان لا بد من القول فى هذه الحالة بأن هناك غلطاً فى جانب الدافع وهو يدفع الدين ، فمن الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتى : أن الدافع وقت أن دفع الدين المعلق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بعقد قابل للفسخ أو قابل للإبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ سيتحقق أو أن العقد قابل للفسخ أو الإبطال . ويترتب على ذلك أنه لو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق ، أو ديناً واجباً بعقد قابل للفسخ وهو عالم بقيام سبب الفسخ ، حمل ذلك منه على أنه يفى بالتزام طبيعى أو على أنه متبرع . وإذا دفع ديناً واجباً بعقد قابل للإبطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه للدين إجازة للعقد .

(٢) محكمة استئناف ليون فى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيريه ١٨٤٢ — ٢ — ١٦٨ — محكمة استئناف ريوم فى ٢٨ يونية سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٦ — ٢ — ١٣٦ — محكمة استئناف الجزائر فى ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيريه ١٨٨٤ — ٢ — ١٧ .

باسترداد المدفوع بغير حق على الدائنين (١) . وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء في مصر (٢) .

قاصر اشترى منزلا ودفع ثمنه للبائع . العقد هنا قابل للإبطال . فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن ، وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفع .

المطلب الثانى

تكييف الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩ — تحليل حالتى دفع غير المستحق ورد هما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب: قلمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى لاروميير م ١٣٧٧ فقرة ١٧ — ديمولومب ٣١ فقرة ٣٠٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٣٧ — ديموج ٣ فقرة ٩٥ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٣ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٨ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفى هذه القضية كان الدافع حائزاً للعقار ووفى الدائن المرتهن . ثم نزعت ملكية العقار فرسا عليه المزاد ، فيكون قد وفى الدائن المرتهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق) . وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ .

ويقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان المدينون أخوة ثلاثة ، ووقع خطأ فى قائمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم ، ولم يدرج إلا دائنو هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن ، كان على هؤلاء الدائنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائنى الأخ الثالث (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا دفع المدين المحال عليه عن غلط كل الدين إلى المحال له ، بالرغم من وجود حجوز تحت يده ، كان له أن يسترد من المحال له ما أخذه هنا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣) . وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشترى وقت توقيع العقد الابتدائى قسطاً من الثمن لدائن مرتهن ، ثم نزع هذا الدائن ملكية العقار المبيع فاستولى على حقه ، جاز للمشترى أن يسترد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . أنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ — وانظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج فى كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة فى إدراجه فى كشف التوزيع وفاتت مواعيد الطعن (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ — ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) ، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

ونحلل الآن كلا من حالتيه لنبين ذلك فى وضوح .

فالحالة الأولى ، وهى حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تنطوى على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يجعله قابلا للإبطال . فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط — وكالغلط التدليس — أو عن إكراه ، وإما أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء عملا قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذى شابه . وللدافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيثرى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء(١) .

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . ففيها يفى الدافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله . فالوفاء الذى كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد . ومن ثم يبطل الوفاء . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيثرى المدفوع له ، هنا أيضاً ، دون سبب على حساب الدافع ، ويسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل فى الحالتين كعمل قانونى ، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية ، هى الواقعة التى ترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع ، ومن ثم فهى الواقعة التى تنشىء الالتزام برد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق ، على ما رأينا ، صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تعدل قيمة الإثراء . فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . فالوفاء بدين تصرف قانونى يجب أن تجتمع له الشروط الواجب توافرها فى سائر التصرفات القانونية . فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء . فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح . ويعتبر من تسلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب ، ويصبح ملزما بالرد وفقاً لقواعد الإثراء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨) .

بهذه القيمة ذاتها . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع(١) . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية . فينظر إلى القيمة التي انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التي أخذها . فلا يرد إلا القدر الذي انتفع به (م ١٨٦) ؛ وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

٨٣٠ — التمييز بين دين في الذمة وعين معينة بالذات : ويمكن التمييز ، في دفع غير المستحق ، بين ما إذا كانت القيمة التي نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً في الذمة أو عيناً معينة بالذات . ففي الأمثلة التي سقناها فيما تقدم كانت القيمة المنقولة ديناً في الذمة ؛ فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هي دعوى استرداد المدفوع بغير حق. أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشتري ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن ؛ فإن العقار بفسخ البيع تعود ملكيته للبائع ؛ إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً في الذمة ومن ثم يكون للدافع في هذه الحالة ؛ إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهي دعوى شخصية . دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق(٢) .

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدى إليه . وليس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء . فما لا ريب فيه أن من يقبض غير المستحق يثرى دون سبب ما دام وفاء من أدى قد وقع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغي ردها هي مقدار المبلغ الذي سلم بغير حق . ومع ذلك فليس ثمة محل للمفاضلة بين قيم شتى ، إذ الأمر ينحصر في قيمة واحدة . فالمبلغ الذي يدفع يمثل قيمة ما أثرى به المدين وما نقص من مال الدائن في آن واحد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٩) .

(٢) قارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٩) . وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق . فمراعى أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يثرى به المدين في ذمته المالية ، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصي . وعلى النقيض من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدى دون حق إلى المدين ودخوله في ذمته . ذلك أن هذا الوفاء ، وهو قابل للبطلان بحكم الحال ، لا يكون من شأنه نقل الملك . فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصي ، بل بمقتضى استحقاق الغير له . على أن هذا الفارق الفقهي البحت لا يحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من=

المبحث الثانى

أحكام دفع غير المستحق

٨٣١ — دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هى دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض فى هذه الدعوى من يكون المدعى ، ومن يكون المدعى عليه ، وما الذى يطالب به المدعى المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى فى بعض الحالات الخاصة .

المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

ا — المدعى :

٨٣٢ — المدعى فى هذه الدعوى هو الدائن الذى يسترد ما دفع دون حق . والدائن هو من حصل الدفع من ماله(١) لأنه هو الذى افتقر . ويغلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلا ، فيفترض أنه دفع من ماله .

وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع . فإن كان قد دفع من مال الأصيل فالأصيل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصيل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصيل أنه يدفع من مال الأصيل لا من ماله هو .

وقد يكون النائب — الوصى أو القيم أو ناظر الوقف ألخ — هو الذى تولى الدفع عن الأصيل . وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى فصلناه .

وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين الذى فى ذمة المكفول ، كان هو

= حيث مضمون الفكرة بوجه عام . ومن المحقق أن من يتسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة ، دون أن يكون هناك محل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها ، وما إذا كان ما سلم من القيميات أو المثليات .

(١) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٩ .

الدائن بقدر الزيادة .

ويجوز لدائنى الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة . ويجوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذى آل إليهم بالميراث(١) .

ب — المدعى عليه :

٨٣٣ — والمدعى عليه ، أى المدين فى دعوى غير المستحق ، هو المدفوع له بغير حق ، حتى لو كان الدفع لوكيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .

وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذى سنبينه فيما يلى (٢).

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤ — **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٨٥ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم » .

---

(١) وقد يدفع مدين الدين لغير دائنه ، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له ، ويبقى الدائن الحقيقى أن يرجع بحقه على هذا المدين . ولكن هل يجوز ، تجنباً لتعدد الرجوع ، أن نجعل الدائن الحقيقى يرجع مباشرة على المدفوع له ؟ لانرى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقى على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كما رأينا ، ولا بدعوى الإثراء لأنه لم يفتقر إذ أن حقه لايزال باقياً فى ذمة المدين . ولكن يستطيع استعمال حق مدينه فى الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى الفضالة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحته فتقبل الدفع نيابة عنه . (أنظر فى هذه المسألة ديموج ٣ ص ٩٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٢) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين ، كان الدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن ، وبدعوى الإثراء بلا سبب على المدين الحقيقى . ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقى بدعوى غير المستحق طبقاً للقواعد التى بيناها .

«٢ — أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية » .

«٣ — وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى(١)» .

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سيء النية . وهذا التمييز جوهري في تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له . فنستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

§ ١ — المدفوع له حسن النية

٨٣٥ — حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له . والمفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته . والدافع هو الذي عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سيء النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سيء النية بعد ذلك . ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات ، ولو بالبينة والقرائن ، لأن سوء النية واقعة مادية .

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذي بيناه ، فإما أن يكون قد تسلم نقوداً أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات . ويختلف الحكم في كل من الحالتين .

---

(١) وكان النص في القانون المدني القديم على الوجه الآتي : «فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسئولا عن فقده وملزما بفوائده وريعه» (م ١٤٦/٢٠٧ قديم) . وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم . تاريخ النص الجديد : ورد هذا النص في المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدي مع خلافات لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال بعض التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة ، وأصبح رقم المادة ١٩٠ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٨٥ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ — ص ٤٦١) .

١ — المدفوع نقود أو أشياء مثلية :

٨٣٦—إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية — غلالا أو أقطاناً أو نحو ذلك — فإنه يدخل ديناً فى ذمة المدفوع له،ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق. ويرد مقدار النقد الذى تسلمه دون نظر لتغيرسعر النقد ، أو يرد القدر الذى أخذ من الأشياء المثلية (١) .

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيء النية ومن وقت أن أصبح كذلك . وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون حق (٢) .

---

(١) ويجوز، طبقاً للمادة ٢٠٥ من القانونالمدنى الجديد ، أن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد ، ودفعت غلطاً فوائد هذه السندات بعد استهلاكها ، فإن لها أن تسترد الفوائد التى دفعتها دون حق أو أن تجعل مادفعته من الفوائد قصاصاً فى بعض رأس مال السندات التى استهلكت . ولكن صدر قانون فى فرنسا فى أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضى بأن الشركة لاتسترد فى هذه الحالة الفوائد التى دفعتها ، وعليها أن ترد رأسمال السندات المستهلكة كاملا . ويبررون هذا الحكم فى فرنسا بخطأ الشركة فى الاستمرار على دفع فوائد السندات بعد استهلاكها ، وبأن هذه الفوائد تقابل ريع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٣) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما فيما يتعلق بثمرات الشيء الذى سلم فثمة محل التفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يتملك الثمرات ما دام حسن النية وفقاً للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) .

هذا والمطالبة القضائية برد الشيء غير المستحق إذا كان نقداً توجب دفع الفوائد القانونية (٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد فى صحيفة الدعوى (م ٢٢٦) ، وتوجب رد الثمرات أو التعويض بحسب ما يقدر القاضى من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً .

أنظر فى الموضوع استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص١٢٧ — دىهلتس تحت لفظ Ex-paiement فقرة١٦٦ وما بعدها — الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات ص ٦٨٨ .

ب — المدفوع عين معينة بالذات :

٨٣٧ — رد العين : وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات — سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلا — فقد رأينا فيما قدمناه أن ملكية العين تعود إلى الدافع، وله في استرداد العين دعويان ، دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق، ودعوى شخصية هي دعوى غير المستحق . ونقتصر كلامنا على الدعوى الثانية فهي وحدها محل البحث هنا .

وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نصوص في هذا الموضوع حذفت في لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات (١)، فجاء المشروع النهائي خلواً منها . على أن الأحكام التي تضمنتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات. وهذه القواعد نجدها مقررة في نصوص أخرى تبين متى يتملك الحائز الثمار (م ٩٧٨ — ٩٧٩) ، وكيف يسترد المصروفات (م ٩٨٠ — ٩٨٢) ، وتحدد مسئوليته عن الهلاك والتلف (م ٩٨٣ — ٩٨٤) . ولما كان المدفوع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين ، فإن النصوص المتقدمة الذكر هي التي تنطبق على حالته . لذلك نستعين في تفصيل ما نحن في صدده بهذه النصوص التي تقرر القواعد العامة وبالنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدي .

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدي — وقد حذفت عند المراجعة كما أسلفنا القول — على أن « كل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً ما دام قائماً » . وليس هذا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فالمدفوع له بعين معينة بالذات يلتزم بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصي هو رد غير المستحق . والمفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفوع له ، لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى . وقبل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى ، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات

٨٣٨ — رد الثمار واسترداد المصروفات : أما الثمار فإن المدفوع له حسن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩ .

النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى . نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ التي سبق ذكرها ، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وقد جرت بما يأتي : « ١ — يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية . ٢ — والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (١) » . ومن

---

(١) وقد يقبض المستحق في الوقف نصيبه في الغلة ، ثم يتبين أنه غير مستحق في الوقف أو أنه قبض أكثر من نصيبه ، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع العيني) في هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق ، ويجب على المدفوع له ردها ، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقف التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض . وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في وضوح على الوجه الآتي : « إن تطبيق المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضي حتماً التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته ، فإن لكل حكماً : إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان آخذ الشيء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إياه وقع بسلامة نية دون علمه بعدم استحقاقه له فلا رد للثمرة . فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً في وقف ، وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد ، ويعتقده معه ناظر الوقف وباقي المستحقين اعتقاداً هم جميعاً سليمو النية فيه ، واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقف ، حتى جاء بكر فادعى الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعي نهائي لمصلحته ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقف في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الغلة ، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق ، ذلك الحق العيني الذي كان واضعاً يده عليه بواسطة ناظر الوقف ، وأن المال الذي كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق العيني الذي أخذه بدون وجه حق . وإذن فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقف أي حق الانتفاع العيني (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تنفيذاً للحكم الشرعي . أما الثمرة وهي الريع الذي كان يقبضه فغير واجب ردها ما دام أخذه لأصل الحق المنتج لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية » (نقض في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) .

وعلى أساس أن المستحق في الوقف لا يلزم برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سيء النية ينبغي أن يفهم الحكم الآتي الصادر هو أيضاً من محكمة النقض : « التزام المستحق في الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني (م ١٨١ جديد) ، فالحكم الذي يلزمه بالرد متأ من إثرائه على حساب الغير (والأولى أن يقال رداً لما أخذ دون حق) لا مخالفة فيه للقانون . ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدني (م ٢٠١ جديد) إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها » (نقض ١٣ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١) .

=

ثم نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثمار سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان نقوداً أو أشياء مثلية (١) .

= ومع ذلك أنظر الحكم الآتى وقد صدر أيضاً من محكمة النقض : «إذا كان الوقف صادراً على ذرية الواقف ، وبرهن أحد على أنه من الذرية وأثبت استحقاقه ، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً بالنسب ، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحصته فى السنين الماضية على من قبضه من المستحقين . أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب ، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره ، كما إذا وقع على أولاد وأولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله ، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المستهلكة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاقتصار فى شرط الواقف ، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا» (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦ ص ١٢٦) . ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة فى استرداد الغلة الماضية بكون الحكم مظهراً لا مثبتاً . والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة ، فإن كان سيء النية فإنه يرد ما استولى عليه ، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة .

أنظر أيضاً فى هذه المسألة محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠/٤ ص ٣٤٠ — وفى ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦ . ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩ .

(١) هذا وتقدير ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : « تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على العقار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشترى من ريع الأرض التى اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك» (نقض ١٩ نوفبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣) . وقضت أيضاً بما يأتى : « إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث فى تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى . فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فى شأن هذه الحجج وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون ن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل فى هذا التقدير لدى محكمة النقض» (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦) .

فمتى ثبت أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثمار بقبضها إلى يوم رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى هذا المعنى بما يأتى : «لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى ، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقع ما =

وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين ، فهذه نرى

= حصله من ريعها ولكن بقدر ما فات صاحب العين من ريع» (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١/٢ ص ٢٧) — وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١/١ ص ١٦٥ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ — وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ — وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ — المحاماة ٢ رقم ٨١ ص ٢٥٨ — وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧/١ ص ٧٨٤ — وفى ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣١/٢ ص ١٧٨ : وقد قضى هذا الحكم الأخير بأن وضع يد الورثة على العقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لمورثهم يمنع من مطالبتهم بالريع عن المدة السابقة على تكليفهم — وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٥ يونية سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٨٩ — محكمة طنطا فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ١٣٢ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٧٨ . وقد قضت محكمة طنطا بأنه « إذا دلت ظروف الدعوى على وجود التسامح العائلى بين الوالد وولده والاختلاط فى المعايش والأرزاق كان الوالد حسن النية فى وضع يده على أملاك ابنه وأخذ غلتها ، ولا يطلب منه رد ما أخذه ، وإنما يبتدىء اعتباره سيء النية وملزما بالرد من وقت أن رفع ولده دعوى ضده يطالبه فيها بالملكية والتسليم» (طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٩ ص ٥١٤) .

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سيء النية ويجب عليه رد الثمار ، والقرينة هنا قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «مجرد الإنذار لواضع اليد من المالك الحقيق بتسليم العقار الذى تحت يده لا يكفى فى اعتباره سيء النية ، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم الدليل على أن ما قام به من الإنذار لخصمه كان كافياً لتغيير حالته النفسية واعتقاده عدم أحقيته فى وضع يده — ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضع اليد برد الريع من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث فى حسن أو سوء نية واضع اليد المترتب على رفع الدعوى» (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧/٣ ص ٧٨٤ — أنظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧/١ ص ٧٩) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً فى هذا المعنى بأنه «من المبادىء المقررة قانوناً أن حسن النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه بالعيب الذى يلحق وضع يده ، وأن هذا العيب يعتبر موجوداً ، وواضع اليد عالماً به من يوم رفع الدعوى عليه . فإذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد على أن العيب الذى يلحق وضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة به الدعوى بل إن العيب شامل لجميع العين الواضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذى يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء فى حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة لباقى الأجزاء التى تخص بقية الورثة . وعلم واضع اليد بالعيب الذى يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ويجعله مسئولا عن ثمرة العين كلها من تاريخ هذا العلم» (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ =

حكمه صريحاً فى المادة ٩٨٠ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة ، وهى تنص على ما يأتى : « ١ — على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » .

« ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

« ٣ — فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشىء منها ،

= ص ٢٢٨) . أنظر أيضاً استئناف مصر ٩ يونية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٧ / ٢ ص ٥٦٣ .

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه « ليس من الضرورى لمسئولية واضع اليد على عقار بحسن نية عن الغلة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سىء النية بعد رفع الدعوى ، بل يكفى لذلك أن يظهر فيما بعد بمقتضى حكم نهائى أن منازعه يملك الأرض من قبل أن يتملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منشىء له ، وله أثر رجعى ينسحب فيما يتعلق بالريع إلى وقت رفع الدعوى . ولكل من كان واضعاً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه ، وإنما يلزم واضع اليد فى جميع الأحوال برد الريع من يوم رفع الدعوى باستحقاق العقار عليه إذا حكم عليه فيها ، وذلك لأن حقوق المتقاضين تعتبر معلقة وموقوفة فى مجرد مدة التقاضى » (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥) . وانظر أيضاً استئناف مصر فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٨٧ ص ١١٥٦ .

على أن القضاء المصرى فى ظل القانون القديم لايخلو من بعض التردد فى تقرير المبدأ القاضى بأن الثمار ترد من يوم رفع الدعوى . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) بأنه « من المتفق عليه علماً وعملا أن مسألة حسن النية وسوئها فى وضع اليد من المسائل الموضوعية التى ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وإذا ثبت حسن نية الخصم فى وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه ببطلان عقده ، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائى بذلك فى موضوع الدعوى » . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ ص ٦٣٦) بأنه « وإن كانت أغلب أحكام القضاء قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضع اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها فى وضع اليد من المسائل الموضوعية التى ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى » .

وغنى عن البيان أن القانون المدنى الجديد (م ١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك فى هذه المسألة بأن أقام قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على سوء نية من تسلم غير المستحق من يوم رفع الدعوى . ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسيوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٤ / ٤ ص ٦٧٢) إن سوء نية واضع اليد الثابت بصدور حكم نهائى إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها .

ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة.
وترى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أنفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع. وإذا كانت المصروفات نافعة — والمفروض أنه حسن النية — خير الدافع بين أن يدفع ما أنفقه المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات[1]، هذا ما لم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥). وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمدفوع له أن يرجع على الدافع بشيء في شأنها، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة[2].

٨٣٩ — حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها : وننتقل الآن إلى حالةما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له. تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدي — وقد حذفت عند المراجعة — على ما يأتي: « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف». وتنص المادة ٩٨٣، وهي التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة، على ما يأتي : «١ — إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض

---

(١) وهذا الحكم هو تطبيق محض لدعوى الإثراء ، فإن الدافع ، وهو المثرى ، يرد أقل قيمتي الإثراء والافتقار للمدفوع له ، وهو المفتقر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) هذا وقد منح القانون المدني الجديد الدافع الذي يلتزم برد المصروفات للمدفوع له تسهيلات خاصة في الدفع . فنصت المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر مايراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

بسبب هذا الانتفاع . ٢ — ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هـــذا الهلاك أو التلف » .

ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص فى المـادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولا عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى — وفقاً لما يحسبه من حقه — وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها (١). وللدافع فى جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا .

٨٤٠ — حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى : أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له ، إلى يد أخرى، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى — وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة — على ما يأتى :

« ١ — من تسلم وهو حسن النية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العوض . ٢ — فإذا كان قد تصرف بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق» . وإذا أغفلنا

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «لايجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنية سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إثراء فعلا وقت رفع الدعوى ، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الإثراء بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر ، فإذا فقد الشيء بغير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إثراء ولم يكن هناك موجب للرد» (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٣/١٤٠ ص ٣٤٠ — المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩) .

من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقى منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة. ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف فى العين معاوضة لم يكن مسئولا قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه فى المطالبة به (١). وإذا تصرف فى العين تبرعاً لم يكن مسئولا عن شىء قبل الدافع.

هذا فى العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له. أما فى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين، فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له، سواء كان معاوضة أو تبرعاً، هو تصرف من غير مالك، فلا يسرى فى حق المالك — أى الدافع — ويستطيع هذا أن يسترد العين باعتباره مالكاً وبدعوى عينية هى دعوى الاستحقاق. هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر، كالتقادم فى العقار أو الحيازة بحسن نية فى المنقول. فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً، فلا يرجع الدافع عليه بشىء لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قدمنا. أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً، فإن الدافع هنا أيضاً لا يرجع بشىء على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع، وقد مر ذكر ذلك. ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى، إذ هى إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمشياً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه «إذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى». وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة. ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى، فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد. ونستخلص من ذلك، فى العلاقة ما بين الدافع والغير، أن الدافع يسترد العين

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «الأثر القانونى المترتب على الحكم بقبول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التى حصلت فى ماله، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بحادث قهرى، أو ثمنه الذى قبضه فعلا فى حالة ما إذا كان قد تصرف فيه بحسن نية، كل ذلك بدون غير مطالبته بتعويض ما» (استئناف مصر ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧/٢ ص٧٩). أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦.

من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالتقادم أو الحيازة ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء فى هذه الحالة ، سواء فى ذلك تلقى الغير العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً (١) .

§ ٢ — المدفوع له سيء النية

٨٤١ — إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سيء النية ، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشيء أو بعد ذلك أن الشيء غير مستحق له ، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات .

ا — المدفوع نقود أو أشياء مثلية :

٨٤٢ — يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه ، ويعوض عن تغير سعر النقد لأنه سيء النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالقدر الذى أخذ على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية .

أما الثمرات والفوائد فيلتزم بها المدفوع له سيء النية . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ : « أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية (٢) » .

---

(١) سنورد فى مكان آخر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص المحذوفة .

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما سيء النية فيلزم على نقيض ذلك برد الفوائد أو الأرباح التى حصل عليها أو كان بوسعه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذى أصبح فيه سيء النية . وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن الحائز سيء النية لا يكون له حق فى الثمرات . ويراعى فى الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المقبوض مبلغاً من النقود فيلتزم من قبضه برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر فى القانون حتى قبل رفع الدعوى . وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التى ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) . أنظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ — وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٣ — وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التى أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه « لا مخالفة للقانون فى القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من =

ب – المدفوع عين معينة بالذات :

٨٤٣ – رد العين والثمار واسترداد المصروفات : يلتزم المدفوع له سيء النية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المحذوفة من المشروع التمهيدى) . ويلتزم أيضاً برد الثمار التى قبضها فعلا أو التى قصر فى قبضها(١). وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تقضى فى هذا الصدد بأن «يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار(٢)» .

وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها (م ٩٨٠ فقرة أولى) . وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ فقرة ٢ وم ٩٢٤) . وإن كانت كمالية فلا يرجع بشيء على الدافع . ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى . إلا إذا اختار الدافع أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ فقرة ٣) (٣) .

= تاريخ قبضها» (نقض ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢) .
أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضى فى مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية ، ثم قضت بذلك ، وترددت ، حتى استقرت على الرد (أنظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ : ويلخص الحكم تطور القضاء المختلط فى هذه المسألة) .

(١) استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه . فله إن كان واضع اليد سيء النية أن يطالبه بثمار هذا العقار لا من تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من تاريخ العقد نفسه» (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨٤ ص ١٩١) . وقضت بأنه «فى حالة وضع يد بعض الورثة على التركة ومنعهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع للوارث الذى حرم من وضع يده ، ولهؤلاء الورثة تقسيم المسئولية فيما بينهم إن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الأطيان» (استئناف ٥ نوفبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٢ ص ١٨١) . وقضت بأن «الشخص الذى يضع يده على أعيان باعتباره مالكا بمقتضى عقد صدر له من المورث أضيف فيه التمليك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر وصية باطلة لصدورها لوارث يكون مسئولا عن الريع لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلكه» (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) .

(٣) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التى منحها القانون المدنى الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات للمدفوع له (م ٩٨٢) .

٨٤٤ — حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها : وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له سيىء النية ، التزم برد قيمته وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ، وذلك دون إخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدى).
وقد قضت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى : «إذا كان الحائز سيىء النية فإنه يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجىء إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه» . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سيىء النية يكون مسئولا عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسئولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد الدافع (١) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ .

٨٤٥ — حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى : وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سيىء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتى : «١ — من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى ، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله فى دعوى المطالبة بهذا العوض . ٢ — فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق» . والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سيىء النية إذا تصرف فى العين معاوضة كان ملزماً

---

(١) قارن مسئولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لو بقى فى يد مالكه ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م ٢٠٧ فقرة ٣) .

قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذى تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين (١) والعوض الذى أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له .

وفى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه فى صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يده إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً . ذلك أن الغير فى علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له ، حسنة كانت هذه النية أو سيئة (٢).

---

(١) النص المحذوف من المشروع التمهيدى يجعل العبرة فى تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى ، ولكن لما كانت القواعد العامة هى التى يجب تطبيقها بعد حذف هذا النص ، فإن هذه القواعد تقضى بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها

(٢) وننقل هنا — بعد أن فرغنا من الكلام فى النصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى — ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذه النصوص : «تتناول هذه النصوص المتتابعة حالات خاصة لها أهمية بالغة فى الحياة العملية ، حيث يكون الشىء الذى قبض بغير حق معيناً بالذات . فإذا بقى الشىء فى يد من قبضه وجب عليه أن يرده بعينه ، إما إلى من سلمه ، ويكون ذلك بمقتضى التزام شخصى ، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له . — فإذا ضاع هذا الشىء أو تلف بسبب أجنبى ، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية وحالة من تسلم وهو سىء النية. فنى الحالة الأولى يتحمل مالك الشىء تبعة الضياع أو التلف ، ولا يلزم حسن النية برد شىء ما ، وفقاً للقواعد العامة . وفى الحالة الثانية يكون من تسلم الشىء قد ارتكب خطأ ما دام قد تسلمه وهو سىء النية ، فهو يتحمل تبعة هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع بحادث جبرى ، وبذلك يلتزم برد قيمة الشىء وقت ضياعه أو تلفه ، أى فى آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه . على أن لمن سلم الشىء ، فى حالة التلف ، أن يطالب بالشىء التالف مع التعويض عن نقص قيمته . وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف بخطأ شخص معين ، كان من وقع منه هذا الخطأ مسئولا عنه . فإذا خرج الشىء من يد من تسلمه على أثر التصرف فيه بعوض فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية . ويراعى أن من يتسلم الشىء وهو حسن النية قد يصبح سىء النية وقت التصرف ، ولا عكس ، فسوء النية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أى حال . فإذا وقع التصرف بحسن نية ، وكان من قبيل المعاوضة ، فلمن سلم الشىء أن يرجع (١) على من تسلمه منه ، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذى قبضه أو تحويل حقه فيه ، ولا يلزم برد الشىء عيناً كما هو الشأن فى حالة التصرف بسوء نية (ب) وله أن يرجع على المتصرف له ، فهو لا يكسب ملكية الشىء بمقتضى تعاقده مع من تسلم هذا الشىء ، لأنه تعامل مع غير مالك . فيجوز لمن سلم الشىء أن يطالب باستحقاقه له، ما لم يكن المتصرف له قد كسب حق الملك فيه بالتقادم أو بالحيازة إن كان من —

§ ٣ — حالتان ذواتا أحكام خاصة

٨٤٦ — الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية : هناك حالتان فى دفع غير المستحق لهما أحكام خاصة : (١) حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء لناقص الأهلية (١) .

٨٤٧ — (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل : قدمنا أن المادة ١٨٣ من القانون المدنى الجديد نصت على ما يأتى : « ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا

= المنقولات . ولا يخل ذلك بما يكون للمتصرف له من حق فى الرجوع بالضمان على من تعاقد معه ، وهو من تسلم الشىء وأدلى إليه به . فإذا كان التصرف من قبيل التبرعات ، فلمن سلم الشىء أن يسترده من يد المتصرف له ، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أثرى به إن تم له كسب ملكية الشىء من طريق التقادم أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٠٨ من المشروع — ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة) . أما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية ، فلمن سلم الشىء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى المتصرف له كما هو الشأن فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه ، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الخيار . ذلك أن من سلم الشىء يكون فى هذه الحالة بالخيار بين إلزام المتصرف بأن يؤدى ما قبض من عوض ، أو إلزامه بأن يحل محله فى دعوى المطالبة بهذا العوض . هذا فضلا عن حقه الأصيل فى إلزامه برد الشىء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشىء لا يزال قائماً (كذا) . وإن كان التصرف تبرعا جاز لمن سلم الشىء أن يرجع على من تسلمه منه ، وله أن يلزمه برد الشىء بعينه أو برد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض ، إذ المفروض أن التصرف وقع بغير مقابل . وله كذلك أن يسترد الشىء من يد المتصرف له ، فإذا كان هذا قد كسب حق الملك عليه بالتقادم أو بالحيازة أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته التزم قبل من سلم الشىء بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به كما هو الشأن فى الفرض السابق (عين الاستدراك المتقدم) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩) .

(١) وكان القانون المدنى القديم يضيف حالة ثالثة هى حالة الوفاء بالتزام مخالف للآداب فلا يسترد ما دفع فى بعض الأحوال . ولكن القانون الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام فى بطلان العقد (أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨) .

كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل» (١) . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المدنى القديم . فالحكم مستحدث .

والمفروض أن المدين وفى الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل قيام الأجل أو وهو مكره على ذلك . لأنه لو وفى الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكره على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل . فلا يرجع بشىء على الدائن . والأصل أن المدين إذا وفى الدين قبل حلول أجله على الوجه الذى بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق . ثم يوفى الدين عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن —بدلا من أن يرد الدين

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدى مع خلافات لفظية طفيفة ومع إغفال عبارة «وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل» فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب ووفق على المادة تحت رقم ١٨٨ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ، فاقترح حذفها لما تحدثه من اضطراب فى المعاملات على أن تطبق فى الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإثراء بلا سبب . فعارض فى ذلك ممثل الحكومة قائلا إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزما بالوفاء أصلا وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يحل بعد ، وإن الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه ، فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وقد آثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة منطقه . واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام» فى الفقرة الأولى ، كما اقترح إضافة عبارة «وكان الموفى جاهلا قيام الأجل» فى آخر الفقرة . فوافقت اللجنة على ذلك . وجاء فى تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «وكان الموفى جاهلا قيام الأجل» لأن الموفى لو كان عالماً بقيام الأجل ووفى رغم علمه هذا حمل منه ذلك محمل التنازل عن الأجل . وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ١٨٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ — ص٤٥٤) .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه . فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد آثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة منطقه ، مقتفياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولو أن بعض تقنينات أخرى قد أعرضت عنه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله — أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . وهذا يؤدى من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار في الإجراءات . وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلا لذلك : مقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر . وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، فيحق له أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين ، قيمة النفقات الإضافية التى تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء في الشهور الستة(١) . وإذا كان الدين الذى وفى قبل حلول الأجل نقوداً ولم يردها الدائن للمدين على أن تؤدى إليه عند حلول الأجل ، كان للمدين — على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) — «أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن» ، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هى التى تمثل ما أفاده الدائن من التعجيل في استيفاء حقه في حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل(٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٣) هذا ولما كان القانون المدنى القديم لم يجز دعوى غير المستحق في الدين الذى وفى قبل حلول أجله (الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٢ — الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ — أنظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدنى الفرنسى — ومع ذلك قارن دى هلتس ٢ ص ٩٣ فقرة ١٤٤) ، فإن القانون المدنى الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا . وليس لهذا الحكم الجديد أثر رجعى . فإذا وفى مدين ديناً قبل حلول أجله ، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يرجع بشىء على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يحل إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو في ميعاد بعد ذلك . أما إذا وقع الوفاء في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فالقانون الجديد هو الذى ينطبق ، ويرجع المدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذى بيناه ، حتى لو كان الدين الذى وفى قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومن ثم نرى أن العبرة في تطبيق القانون الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل ، ولكن بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن هذا الوفاء المعجل هو الواقعة التى ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق . فإذا وقع الوفاء المعجل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان القانون الجديد هو الواجب التطبيق ، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذى يطبق .

٨٤٨ — (٢) الوفاء لناقص الأهلية: تنص المادة ١٨٦ على أنه : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به(١) » .

وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية ، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل للوفاء فإنه يسترد ما دفع كما سبق أن بينا ، فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية فى الأصل ، إذ أن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته ، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا . غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه ، عومل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته . فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا فى حدود ما انتفع به فعلا (٢) . وفى هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التى تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هى عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التى افتقر بها الدافع على النحو الذى قدمناه . وتكون العبرة فى إثراء ناقص الأهلية ، الذى تسلم غير المستحق ، هو ما انتفع به فعلا لا حكماً .

وينبنى على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ملزماً بشىء قبل الدافع حتى لو كان سىء النية ، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل فى تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام فى قاعدة الإثراء(٣) . أما إذا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق له لا تتوافر فيه أهلية التعاقد ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به حتى لو كان سىء النية ، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥ » . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة الأخيرة لعدم ضرورتها ، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائى الذى قدمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتى : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١ . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٨٦ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

(٣) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشىء كما رأينا . (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٤) .

كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهليه يلتزم بالخطأ .

ويبنى على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالعين ، حتى لو كان سيء النية وقت أن تبرع(١) .

---

(١) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشيء . هذا والدافع هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى إثرائه ، وذلك وفقاً للمبادىء التي قررناها في دعوى الإثراء بلا سبب (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦٨ — وفي ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٤ ص ١٠٥٢ — ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات المضاة منه لأنها هي أيضاً باطلة .

وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن النص الذي نحن بصدده : « لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلا للتعاقد . ذلك أنه لا يلتزم التزاما إراديا ، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له . ولكن إذا كان من تسلم الشيء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشيء (م ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (م ٢٥٨) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سيء النية ، ولا يلزم بشيء ما إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائي . وهو لا يؤدي كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية . وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة حالة تسلم ناقص الأهلية لشيء معين بالذات ، فهو يلزم برده عيناً مادام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل في ذمته . وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢) .

ويعتبر ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه ، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعي ، أو رمم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقي المال الذي أخذه في يده إلى وقت الرد (استئناف وطني في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢) . ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر في ضرورياته أو في كمالياته المعقولة التي يحصل عليها أمثاله (استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ — وفي أول يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٦) . ويعتبر غير مفيد ما يبدده ناقص الأهلية في ملاهيه أو في المقامرة أو في شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو في أشياء ضارة كالمواد المخدرة ، أو أضاع المال عن خرق أو عدم حيطة (أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١٣) .

المطلب الثالث

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩ — وجهان خاصان للسقوط : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة فى انقضائها وفى سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها : أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وتجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م ١٨٤) . والوجه الثانى سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد (م ١٨٧) .

§ ١ — تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٤ على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء[(١)] » .

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذى كان فى القانون القديم مقابلا له . فقد كانت المادتان ١٤٨/٢٠٩ من القانون القديم تنصان على أنه « ولا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص ، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع ، وانعدم سند الدين . وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقى » . ووجه الشمول فى النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين ، بل شمل التجرد من سند

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٣ من المشروع التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٩ . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤ . ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ — ص ٤٥٦) .

الدين بصفة عامة ، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها : التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم (١).

٨٥١ — التجرد من سند الحق أو من التأمينات : والمفروض أن غير المدين دفع الدين للدائن . وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأعدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه من الوجوه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يجدد القيد ، أو نزل عن الرهن . أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . فى كل هذه الفروض يسقط حق الدافع فى الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوى على ضرب من التقصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذى جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجح كفة غير المقصر على كفة المقصر .

٨٥٢ — ترك الدعوى تسقط بالتقادم : ويلتحق بذلك أن يكون الدائن قد ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه . فهنا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجح حق الدائن حسن النية ، فلا يجوز للدافع

---

(١) وكان القضاء المصرى يفسر عبارة « وانعدم سند الدين » التى وردت فى القانون القديم تفسيراً ضيقاً . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه « إذا دفع المشترى الثمن لدائن مرتهن ، ثم استحق المبيع أو أبطل البيع فخرجت العين من يده ، كان دفعه الثمن للدائن المرتهن قائماً على غير سبب ، وله أن يسترد الثمن الذى دفعه . ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه ، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد فى حالة انعدام السند ، أى فى حالة زواله بحيث يصبح مستحيلا على الدائن أن يثبت حقه . وما لم يشتمل شطب الرهن على النزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه فى الرهن . ولا يزال السند المنشىء للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧) . ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً فى التفسير فقاست على « انعدام السند » تقادم الدين ، إذ قضت بأنه « فى تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يقاس على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين » (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٢) .

الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى تجرد من سند الدين أو من تأميناته(١) .

٨٥٣ — رجوع الدافع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء : وإذا كان يدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق . فإن الطريق الذى أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء بلا سبب ، فقد دفع له دينه . فأثرى هذا بقدر ما افتقر ذاك . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقى وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب . وقد يخشى فى حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط . وبذلك يكون التحايل قد هيأ للغير حق الرجوع على المدين . ويلوح أنه ينبغى أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت فى مثل هذه الحالة درءاً لمثل هذا التحايل(٢) » .

والفرض الأخير الوارد فى المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتى : سقط الدين بالتقادم ، فعمد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبى أعطاه

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه ، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها . ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن حسن النية بقسط من الرعاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى الغير إلحاق ضرر بحقه ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به ، وإما من ناحية القانون بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقى وتقادم دعواه قبله تفريعاً على ذلك . فالحق أن المقارنة بين الغير الذى أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء تنتهى دون شك إلى توجيه ما ينبغى لصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب . وقد أخذ التقنين الحالى (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه فى عبارة يعوزها الوضوح ، إذ اقتصر فى المادة ١٤٨/٢٠٩ على النص على حالة الدائن حسن النية إذا « انعدم سند الدين » دون أن يتناول بصريح النص حالات هامة كالتقادم وضياع التأمينات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ .

مخالصة بالدين ، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه ، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع ، إذ لم تتقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين . وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

§ ٢ — سقوط الدعوى بثلاث سنوات

٨٥٤ — النص القانوني : تنص المادة ١٨٧ على أنه « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق(١) » .

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق — وهي فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه — تتقادم بعين المدة التي تتقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

٨٥٥ — السقوط بأقصر المدتين : ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق تسقط بأقصر المدتين الآتيتين :

(١) ثلاث سنوات تسري من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد. فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام في ذمة المدفوع له ، بل من

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي طفيف . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢ . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة « بالتقادم » وأصبح رقمه ١٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٣ — ص ٤٦٤) . ويلاحظ أن كلمة « بالتقادم » قد حذفت لأنها لا ضرورة لها ، وسقوط دعوى غير المستحق بثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتي عن طريق التقادم .

اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه . ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه . وقد يتفق مبدأ السريان فى كل من المدتين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ عالماً بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى . وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع — كما رأينا فى دعوى الإثراء — أن الدافع لا يعلم بغلطه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهذا ما قدره القانون الجديد فتحوط له كما تحوط فى دعوى الإثراء(١) .

---

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له سيء النية بل وحتى لو استعمل طرق الغش للاستيلاء على ما أخذ . على أن محكمة النقض قضت فى ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة فى الدعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه ما أخذه من الدافع . وهذا هو المبدأ الذى قررته محكمة النقض : « إذا كانت المحكمة قد ارتكنت فى قضائها للمدعى على المدعى عليه برد ما استلبه بطريق الغش على ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه من المدعى بلا وجه حق ولا مسوغ المبلغ الذى ألزمته برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التى يرسل بها الخصم إلى التدليس الذى ارتكبه . وإذن فلا يقبل الدفع بسقوط هذه الدعوى لمضى خمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين المدعى والمدعى عليه إنما كانت تجارية ، لأن الغش الذى أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة » (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٤ ص ٥٣٢) .

الفرع الثانى

الفضالة (*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦ — نتكلم فى الفضالة على أركانها ثم على أحكامها .

المبحث الأول

أركان الفضالة

٨٥٧ — **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٨٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك(١)» .

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتى :

(*) المراجع: دى هلتس الجزء الثانى (Gestion d'affaires) — والتون الجزء الثانى — الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات — الدكتور محمود حلمى فى الالتزامات — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات للمؤلف — الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى — كولان وكابيتان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى — جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — فيزيوز (Vizioz) رسالة من بوردو سنة ١٩١٢ — جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ — مارويت (Maruitte) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ — بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ ص ٤١٩ وما بعدها ، وسنة ١٩٢٢ ص ٥ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة «ملتزما» بكلمة «ملزما» . وأصبح رقمه ١٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ رأى سعادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الفضالة وأنه ليس من الحكمة إيراد التعاريف فى القانون ، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط ، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة وأصبح رقمها ١٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

«تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (١)» .

ونصت المادة ١٩٠ على ما يأتى :

«تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى (٢)» .

ويقابل هذه النصوص التى اشتمل عليها القانون المدنى الجديد نص فى القانون المدنى القديم هو نص المادة ١٤٤/٢٠٥ ، وقد جرت [illegible] «من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر يستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قد[illegible] إلى ذلك الشخص من المنفعة» .

ونص القانون القديم [illegible] مضطرب المعنى ، فهو ليس صريحاً فى الانصراف إلى الفضالة [illegible] خصوصها ، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب [illegible] عمومها (٣) . وقد أزالت نصوص القانون الجديد هذا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «تقوم الفضالة حتى لو كان الفضولى مدفوعا فى الوقت الذى يتولى فيه شأنا لنفسه إلى القيام بشأن لغيره بسبب وجود ارتباط بين الشأنين لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر» . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية ، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتى : «تثبت الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأناً لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر» . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة «تولى» بعبارة «قد اندفع إلى القيام» . وأصبح رقم المادة ١٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة القانون المدنى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٤ من المشروع التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ — ص ٤٧٢) .

(٣) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى قاعدة الإثراء بلا سبب . أنظر دى هلتس ٢ ص ٢٩٥ فقرة ٤ — والتون ٢ ص ١٤٠ — ص ١٤١ — الموجز للمؤلف ص ٤٠٣ — =

الابهام والاضطراب (١).

٨٥٨ — أركان ثلاثة للفضالة : ويتبين من هذه النصوص الجديدة التي قدمناها أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة (٢) :

(١) أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادي.

هو الركن يقصد ، في قيامه بهذا الشأن العاجل ، مصلحة رب العمل . وهذا

(٣) ألا يكون

منهياً عنه . وهذا الركن في هذا الشأن العاجل ، ملتزماً به ولا موكلا فيه ولا

يطلق عليه الركن القانوني .

ونستعرض هذه الأركان الثلاث

=ص ٤٠٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك ص ٤١٠ فقرة ذهني بك في الالتزامات فقرة ٦٩٠ — الأستاذ بسطوروس في تعليـ — الدكتور عبد السلام القانون المدني ٢ ص ٤٢٣ في الهامش .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هـذا الصدد ما يأتي : « التقنين المصري الحالي (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد ، اختلطت فيه شروط الفضالة بـ الإثراء بلا سبب . وقد استبدل المشروع بهذا النص سـلسلة متصلة الحلقات من المواد عرض فيها لتحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً . والحق أنه من الأهمية بمكان إيضاح مايفرق من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب في عمومه وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ . فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة ، وتعدل آثارها تفريعاً على ذلك . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام المتعلقة بهذا التطبيق الخاص ، وتعين الرجوع إلى المبدأ العـام» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠) . وجاء في موضع آخر في هذا الشأن ما يأتي : «أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على توافر صفة الاستعجال فيما يتصدى الفضولي للقيام به . فهذه الصفة هي علة ما يترتب على الفضالة من نيابة قانونية ومناط تفسير ما يتفرع عليها من حقوق والتزامات . وقد عني المشروع بإيضاح الحدود التي تفرق بين نطاق تطبيق الفضالة ونطاق تطبيق الإثراء بلا سبب ، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بأحوال الفضالة التي يتولى فيها الشخص شؤون غيره معتقداً أنه يتولى شأن نفسه ، أو التي يتصدى فيها الشخص لشؤون غيره مخالفاً في ذلك إرادة هذا الغير» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠) .

(٢) وقد لخصت محكمة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها في حكمها الصادر في ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ (المحاماة ٧ رقم ٣٢٩ ص ٤٧٨) .

المطلب الأول

قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩ — عناصر هذا الركن : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لرب العمل . وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملا مادياً . وهو فى الحالتين يجب أن يكون عاجلا .

§ ١ — تصرف قانونى أو عمل مادى

ا — التصرف القانونى :

٨٦٠ — كيف يقوم الفضولى بتصرف قانونى : يصح أن يكون الفضولى وكيلا فى الأصل عن رب العمل ، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالماً بذلك أو غير عالم ، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولى (١) . أو يستمر فى العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة ، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم ، فهو فضولى فيما قام به بعد انتهاء وكالته (٢) .

ولكن قد يعمل الفضولى دون وكالة أصلا . فيقوم بتصرف قانونى باسم رب العمل . مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل (٣) ، أو أن يبيع محصولات

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالعمولة صفقة ما بشروط أفيد لموكله عادت الفائدة على الموكل . فإن تسلم ثمناً للبيع يزيد على الثمن الحقيقى وحبسه لنفسه اعتبر خائناً للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص ٧٨٧) .

(٢) قارن ما قضت به محكمة النقض من أن الوكيل الذى يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلا عنهم لا مجرد فضولى (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

(٣) أنظر فى فروض يكون فيها المالك فى الشيوع فضولياً : استئناف وطنى فى ٢ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٤٢ — استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٤ — وفى ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ —

زراعية لرب العمل مما يسرع إليه التلف ، أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقياً للحجز الإدارى(١) ، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحول عنه(٢) . ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التى يقوم بها الفضولى قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف .

٨٦١ — مايترتب على صدور التصرف القانونى باسم رب العمل :

وقد قدمنا أن الفضولى يقوم بالتصرف القانونى باسم رب العمل ، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة . ويترتب على ذلك :

(١) إذا توافرت جميع أركان الفضالة الأخرى ، وقع التصرف نافذاً مباشرة فى حق رب العمل كما لو كان الفضولى وكيلا عنه . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى .

(٢) ليس من الضرورى أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانونى الذى تولاه باسم رب العمل ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل . ويكفى

= محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٢٨ ص ٣١٧ .

وفى إحدى القضايا آجر زيد أحد الشركاء فى ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالنيابة عن شركائه ، واشترط فى عقد الإجارة دفع الأجرة إليه أو إلى من يحوله بها ، وحول الأجرة إلى عمرو . ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء فى الشيوع جزءاً من الأجرة يعادل نصيبه فى الملك المشاع . فرفع عمرو دعوى على بكر يطالبه بالأجرة ، وكان خالد خصما فيها ، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٨/١) .

(١) استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٩٩ .

(٢) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولى حقاً لرب العمل نيابة عنه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذى يستحقه المستأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له فى انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب فى ذمة السلطة العسكرية لا فى ذمة المالك . ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك ، ودخل فى هذا الحساب التعويض الواجب للمستأجر من الباطن ، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً ناب عنه فى قبض حقه من السلطة العسكرية (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٢) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ١٢ رقم ٨٨ ص ١٥٨ .

أن يكون من أهل التمييز .

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانونى الذى تولاه الفضولى عنه ، لأنه يقع نافذاً مباشرة فى حقه كما قدمنا(١) .

(٤) يخضع ، من ناحية الإثبات ، التصرف القانونى الذى تولاه الفضولى باسم رب العمل للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية . فإذا كان التصرف عقداً ، لم يجز إثباته فيما يجاوز عشرة الجنيهات إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين .

ب — العمل المادى :

٨٦٢ — جواز أن يكون عمل الفضولى عملا ماديا : هناك من يرى أن العمل الذى يقوم به الفضولى يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة (٢) . ولكن هذا الرأى مرجوح ، ويصح أن يقوم الفضولى بعمل مادى كما يقوم بتصرف قانونى ، وفى هذا تختلف الفضالة عن الوكالة .

والعمل المادى الذى يقوم به الفضولى قد يكون عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، وقد يكون عملا مادياً فى ذاته .

٨٦٣ — العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل : فالفضولى عندما يتعاقد باسمه الشخصى ، أو باسم رب العمل ، بشأن عاجل من شؤون رب العمل ، يكون قد قام بتصرف قانونى فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه . ولكن هذا التصرف القانونى يعتبر عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل . مثل ذلك أن يتعاقد الفضولى مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلل يتهدده بالسقوط ، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دهمه واقتضاه إسعافاً سريعاً ، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل ، أو أن

(١) أنظر مع ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٣ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه فى هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٣٣٧) .

(٢) أنظر فى بحث هذا الرأى ونقده والتون ٢ ص ١٥١ — ص ١٥٢ .

يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، أو أن يفي بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله(١) .

ولما كان هذا التصرف القانوني الذي قام به الفضولي يعتبر عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، فإنه يجوز لرب العمل في رجوعه على الفضولي أن يثبت هذا التصرف بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات . كذلك يجب أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة للتصرف الذي تولاه ولا يكفي فيه أن يكون من أهل التمييز ، وهذا إذا لم يتعاقد نائباً عن رب العمل ، بل تعاقد باسمه الشخصي ، فانصرف أثر العقد إليه ، وسنرى فيما يلي تفصيل ذلك .

٨٦٤ — العمل المادي في ذاته : وقد يقوم الفضولي بعمل مادي في ذاته ، كأن يقطع التقادم في حق مهدد بالسقوط لرب العمل ، أو أن يقيد رهناً لمصلحة رب العمل ، أو أن يجدد قيد الرهن ، أو أن يطفيء حريقاً اشتعلت في منزل لرب العمل ، أو أن يجني محصولا لرب العمل يخشى عليه إذا لم يجن من التلف ، أو أن يتقي زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح جماح حصان أوشك أن يلقي براكبه إلى الأرض ، وما إلى ذلك من الأعمال المادية التي تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل (٢) .

وغني عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ، ويدخل في

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك في الشيوع باسمه الخاص ، وعلى مرأى ومسمع من شريكه الآخر ، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة في الشيوع ، كان في تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينوب عنه في البيع وفي قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩١) .

(٢) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنتينات بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأنزلتهم في المحجر عملا من أعمال الفضالة قام به المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجانحة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) . وكذلك اعتبرت عملا من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء ، وهي شؤون كان الأرشيموندريت يتولاها في مدينة كييف بمقتضى توكيل عام ، ثم اعتزل الوكالة ، ولكنه بقي بعد ذلك يدير هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنود السوفيتية مدينة كييف (٢٣ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٤) . واعتبرت أيضاً عملا من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها العادي لمعاونة سفينة أخرى والسير بها إلى الميناء التي تقصدها (١٨ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤) .

ذلك البينة والقرائن(١) .

§ ٢ – شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥ – **مجرد النفع لا يكفي** : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي وهي تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان « أن يكون ما يتصدى له الفضولي (شأناً عاجلا) ، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعاً أو مفيداً ، بل لا بد أن يكون ضرورياً (٢)» .

وإذن لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة يجلبه الفضولي لرب العمل . فلا يجوز مثلا أن يتقدم الفضولي لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالا مفيداً ، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل لمجرد أن يجنبه مضار الشيوع(٣) . في كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولي عمل نافع ، بل قد يكون محقق

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية «أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه يعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عديم الأهلية بدفع مقابل لذلك الشخص الذي ترتب على فعله جلب المنفعة ، ويجوز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البينة وقرائن الأحوال ، فتحنيط الموتى لما فيه من حفظ الجثة من التلف العاجل ولما فيه من تسهيل نقلها من ديار الغربة إلى الوطن حيث تقيم العائلة ، فيه ولاشك منفعة للعائلة التي ترغب بمقتضى العوائد أو العقائد أن تكون الجثة مدفونة في ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها . وهذه المنفعة تولد شبه عقد يستحق مقابلا . والتحنيط عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيما هو مسئول عنه للمتوفى من المعالجة أثناء حياته ، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلا ، وللمحاكم أن تقدر قيمته في حالة عدم الاتفاق عليه من قبل » (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفضولي لا يجوز له أن ينزل عن حق لرب العمل ، وبخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧) — وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل في أعمال الفضالة عقود الغرر ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٣ .

الفائدة ، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يجوز للفضولي أن يتدخل فيها . وإذا تدخل فلا يكون فضولياً ، ولا يلزم رب العمل في شيء ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية . ولكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تدخل الفضولي ، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ في حق المجيز وفقاً للقواعد العامة .

٨٦٦ — بل يجب أن يكون العمل «ضرورياً»: وإنما يتعين أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي هو من «الشؤون العاجلة» لرب العمل . فلا يكفي أن يكون نافعاً فحسب ، بل يجب أن يكون ضرورياً . ومعنى « الضروري» هنا أن يكون العمل الذي قام به الفضولي من الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها . فقام به الفضولي ناظراً إلى مصلحة رب العمل . نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل ، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار ، بيع محصولات يسرع إليها التلف ، دفع ضريبة توقياً لحجز إداري ، قبول اشتراط لمصلحة رب العمل ، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط ، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دهمه ، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضروري لرب العمل ، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، الوفاء بدين على رب العمل منعاً للحجز على ماله ، قطع التقادم في حق مهدد بالسقوط ، قيد رهن أو تجديد القيد ، إطفاء حريق ، جني محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن ، الإمساك بزمام حصان جامح . كل هذه أعمال — قانونية أو مادية — هي من الشؤون العاجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى في القيام بها .

ويفهم مما قدمناه في تحديد معنى «الشأن العاجل» أن قيام الفضولي بهذا الشأن ، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة ، يؤدي إلى نفع محقق لرب العمل . ومن هنا اشترط بعض الفقهاء في الفضالة أن يتم عمل الفضولي بنجاح (١) .

(١) أنظر في هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ يونية سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٣ ص ٢٧٩ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ . وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٦ .

ومتى قام الفضولى بالعمل الذى تولاه، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول . فلو أن الفضولى أصلح منزلا لرب العمل ، ثم احترق هذا المنزل ، لبقى للفضولى حق الرجوع على رب العمل بما أنفقه من المصروفات . وهذا هو عين المبدأ الذى قررناه فى قاعدة الإثراء بلا سبب . وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى .

المطلب الثانى

نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٨٦٧ — هذا هو الركن المعنوى فى الفضالة كما قدمنا . ونقف هنا عند النية والقصد. فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولى، وهو يتولى شأناً لغيره ، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل .

والفضولى فى هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره ، وإما أن يكون على غير بينة .

§ ١ — الفضولى على بينة من أمره

٨٦٨ — القصد عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب: يغلب أن يكون الفضولى على بينة من أمره ، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل . وهذه النية هى التى تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب (١). والفضولى إنما يعرف بهذه النية ، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره . وقد رأينا ذلك محققاً فى أعمال الفضالة التى استعرضناها فيما تقدم . والفضالة من التفضل لا من التطفل .

= ولكن ليس من الضرورى أن يصل نجاح الفضولى إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله ، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

(١) ونميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير . فقد رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط ، أما الفضولى فليست له مصلحة شخصية فى الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل .

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع . ولا يرجع فى هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها. مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية فى العين المؤجرة حتى يستوفى منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا (١).

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن «محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولى هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولى لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات بها ويقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى ، رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الإيجار بعدم إجراء شىء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة» (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠) . وقضت محكمة المنشية بأن «أعمال الفضولى ... شروطها أن يكون الفضولى قد انصرف جهده واتجه غرضه فى عمله إلى منفعة رب المال ، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير فائدة مباشرة لم تكن وليدة المصادفة ، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالتبعية» (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ ص ٥٣٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذى يقاضى الشركة عن سنده لايعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حاملى السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٢٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشريك حصته فى الشركة عقاراً مثقلا بحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء الحكر ولا برد الثمن الذى رأت الشركة أن تشترى به الحكر ، وكل ما تملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما أفاده من تخليص العقار من حق الحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٥) ، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشريك — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥ . وانظر فى القضاء الفرنسى محكمة النقض الفرنسية فى ٢٥ يونية سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٢٢٣ — سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٢ (وهو منشور فى « الأحكام الرئيسية للقضاء المدنى » لكابيتان باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٧ — ص ٤٢٩ — وقد أشار لحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ ص ٩٨ — وأشار إلى: كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٣ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٢ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤١ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦) .

٨٦٩ — جواز أن يعمل الفضولى لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل فى وقت معا : وليس من الضرورى أن تتمحض نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده ، بل يجوز ، كما تقول المادة ١٨٩ « أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة ، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه فى الشيوع . فهو فضولى بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك ، ولا يمنع من ذلك أنه عمل فى الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولا ، وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فالمهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعى منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه (١) . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « بيد أن الأمر يظل محصوراً فى نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة ، ولو تولى الفضولى شأن الغير وشأن نفسه فى وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشأنين على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالا عن الآخر ، كما هو شأن الشريك المشتاع عند إدارة المال المشاع (٢) » .

§ ٢ — الفضولى على غير بينة من أمره

٨٧٠ — لا يكون فضوليا من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره : وقد لا يكون المتدخل فى شؤون الغير على بينة من أمره ،

(١) ولكن إذا عمل سمسار لمصلحة أحد المتبايعين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتبايع الآخر (استئناف مختلط فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩) . وكذلك إذا عمل محام لمصلحة موكله حتى كسب القضية فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتقاضين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

فتنصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضولياً فى هذه الحالة لأن العبرة بالنية. فمتى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولى ، حتى لو كشف بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره فى وقت واحد . فلو أن منزلا كان فى حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل ، فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو ، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره ، فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير ، ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . وفى هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى(١) : «وتطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه» . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، وهى تستعرض ركناً من أركان الفضالة ، ما يأتى : «ثالثاً — أن يتصدى الفضولى لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولى إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل ، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولى وهو يتولى شأن الغير أنه يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضالة وطبقت قواعد الإثراء (٢)» .

٨٧١ — ولكن يكون فضوليا من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر : أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فأنه يكون فضولياً كما قدمنا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر (٣) . فالمهم هو أن تنصرف نية

---

(١) وقد حذفت هذه المادة بفقرتيها فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ «لأنها تتصدى لجزئيات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . وانظر فى هذه المسألة استئناف مختلط فى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٨٩١ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٧ .

(٣) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١ ص ٣٧٥ .

الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير ، لا لمصلحة شخص معين بالذات . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه ، فهى بمجردها كافية دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته . فمتى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير ، بقى قائماً بعمله ، ولو أخطأ فى شخص رب العمل . وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقى ما يترتب على الفضالة من حقوق ، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات (أنظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألمانى والمادة ١١٩١/٩٥٥ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٣ من التقنين اللبنانى)»[١] .

المطلب الثالث

الفضولى يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٨٧٢— هذا هو الركن الثالث للفضالة ، وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى .

أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه . وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك .

§ ١ — موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣ — لا يعتبر فضوليا من يكون ملتزما بتولى شأن الغير: جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى معرض ذكر أركان الفضالة ، ما يأتى : «رابعاً — أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك . وقد فصل التقنين اللبنانى هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ — ص ٤٧٢ .

لمن يتولى شأناً لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملزماً قانوناً بذلك . وتبسط التقنين النمساوى فى هذا الشأن فنص فى المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولى بمن يقوم بشأن للغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمنى أو أمر من محكمة أو نص فى القانون) . وعلى هذا الأساس لايعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس أو بمقتضى نص فى القانون كالوصى (١)» .

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب، حتى يكون فضولياً ، ألا يكون ملتزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن ، لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس بفضولى يتبرع بالعمل لمصلحة الغير ، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن .

ويترتب على ذلك أن المقاول إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء فى أرضه ، فإن المقاول لا يعتبر فضولياً، لأنه ملتزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة . كذلك الحارس القضائى وهو يدير العين المتنازع عليها لا يعتبر فضولياً لأنه ملتزم بإدارة العين بمقتضى أمر القاضى . والمتبوع إذا دفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مسئول بحكم القانون عن هذا الخطأ .

§ ٢ — موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤ — رب العمل لا يعلم بالفضالة : قلنا إن موقف رب العمل من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٢ . ويلاحظ أن التزام الوكيل بالعقد ، على ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ، هو التزام يجوز للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم . وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضالة آتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملتزم بمقتضى العقد ، كما سنرى .

هذا والكفيل إذا تطوع لكفالة المدين ، دون أمر منه أو نهى ، كان فضولياً ، والعمل الذى قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به . والكفيل فى هذه الحالة ، إذا هو دفع الدين ، أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة . أما إذا كان الكفيل مأموراً من المدين بالكفالة ، فكفل الدين ثم دفعه للدائن ، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة ، ولا يكون فضولياً فى هذه الحالة . وكذلك لا يكون فضولياً إذا نهاه المدين عن الكفالة ، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفعه للدائن ، ويرجع فى هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

الفضولى فى هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينهه عنه.

وفى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولى قد تولى شأناً عاجلا من شؤونه ، لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه ، فيتولاه الفضولى عنه . وهذه هى الحالة الغالبة فى الفضالة . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولى للقيام بهذا العمل (١) » .

٨٧٥ — رب العمل يعلم بالفضالة : ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأناً من شؤونه العاجلة. فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلا لا فضولياً (٢) . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولى إلى تولى شؤونه ، ولكنه يجيز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولى بهذه الإجازة وكيلا . وفى هذا تقول المادة ١٩٠ التى سبق ذكرها : «تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى» . وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة ، إذ أن الإجازة لها أثر رجعى (٣) . ويستثنى الغير من ذلك ، فلا يكون للإجازة أثر رجعى بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورها . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل فى شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة ، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلا ، ففى الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلا إذا كان العمل الذى قام به تصرفاً قانونياً (٤) . وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ . ويشترط حتى يكون الغير وكيلا أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى .

(٣) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلا للتصرف الذى قام به الفضولى وقت قيامه به ، ما دام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة ، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢٢) .

(٤) وللإجازة فائدة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة ، فإجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز سارياً فى حق المجيز (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢١) .

الشأن : «فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من بدء الفضالة . ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (أنظر المادة ١١٩٤/٩٥٨ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٤ من التقنين اللبنانى) ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولى قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٢٠ من التقنين البولونى) . ويراعى فى الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب (١)» .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولى العمل الذى قام به ، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شؤونه ، فلا يكون الغير فضولياً (٢) ، ويجب عليه الامتناع عن التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة ، فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ ، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وكانت تجرى بما يأتى : «وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة (٣)» .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . ويلاحظ أن الفضالة لا تنقلب وكالة فى جميع الصور المتقدمة إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى هو تصرف قانونى .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٣ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٩٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ .

(٣) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع . وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى : « ١ — تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه . ٢ — وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود =

بقى الفرض الثالث ، وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل فى شؤونه ولم يمنعه من ذلك . فإذا وقف رب العمل من المتدخل هــذا الموقف السلبى ، لا يأمره بالتدخل ولا ينهاه عنه ، كان هــذا هو مجال الفضالة ،واعتبر المتدخل فضولياً . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم يفصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار ، بقيت لقواعد الفضالة ولايتها ، ووجب تطبيقها (١)» .

ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا فى فرضين من الفروض المتقدمة : (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولـكنه يقف منه موقفاً سلبياً ، لا يأمر به ولا ينهى عنه .

= التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت» . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥ . ولما عرض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، رأت اللجنة حذفه لأنه يتصدى لجزئيات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب . ووافق مجلس الشيوخ على الحذف .

ولا شك فى أن تطبيق القواعد العامة تتسع لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص . فالشخص الذى يقوم بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب . كذلك يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب من تدخل فى شؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة . ولـكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هى وجود التزام قانونى فى ذمة رب العمل تقضى بأدائه المصلحة العامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت ، فإذا تدخل شخص وأدى عن رب العمل التزامه بالنفقة نحو من تجب عليه نفقته ، أو قام بتجهيز ميت يلتزم رب العمل شرعا بتجهيزه ، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً فى هذه الحالة حتى لو نهاه رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى . وعلة هذا الحكم مفهومة ، فإن الفضولى إنما يقوم عن رب العمل بالتزام قانونى تقضى المصلحة العــامة بأدائه ، فلا يعتد فى هذه الحالة بنهى رب العمل للفضولى عن أداء هــذا الالتزام . ولـكن أيكفى أن تـكون علة الاستثناء مفهومة ؟ وأليس من الواجب ، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة ، أن ينص على هذا الاستثناء ؟

(أنظر فى المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ و ص ٤٧٠ — ص ٤٧١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

المبحث الثانى

أحكام الفضـــــالة

٨٧٦ — التزامات الفضولى والتزامات رب العمل : الفضالة ، إذا توافرت أركانها على النحو الذى قدمناه ، ترتب التزامات فى جانب الفضولى وأخرى فى جانب رب العمل .

المطلب الأول

التزامات الفضـولى

٨٧٧ — ماهى هذه الالتزامات وماهو مصدرها : يلتزم الفضولى بما يأتى :

١ — أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢ — أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .

٣ — أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى .

٤ — أن يقـدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادى إرادى يقوم به الفضولى فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات(١) . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « يعتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولى ، ولو أنها تنشأ بمناسـبة عمل إرادى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣) . ونريد بالعمل المادى الإرادى هنا أن الذى أراده الفضولى هو العمل المادى ، لا الالتزامات التى يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد النسخة العربية ص ١٧٠ هامش رقم ٧) . ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولى وأن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولى فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يجعل من العمل المادى الإرادى مصـدراً عاماً للالتزام ، كما فعل فى العقد وفى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب . والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة ، هى العمل المادى الصادر من الفضولى بشروطه المعروفة ، =

به الفضولى هو عمل مادى فى ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو تصرف قانونى : سواء عقده باسمه الشخصى أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه : ففى الحالتين يعتبر قيام الفضولى بإبرام هـذا التصرف القانونى عملا مادياً فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل ، وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى ، وفى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولا) التزامات الفضولى الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولى وبالأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل وبتقادم هذه الالتزامات .

§ ١ — التزامات الفضولى الأربعة

١ . الالتزام الأول — مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه :

٨٧٨ — جاء فى المادة ١٩١ ما يأتى : «يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه(١)» . وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل فى شؤون الغير عن خفة واستهتار . فمن تدخل فى شأن لغيره من غير أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل متى بدا له أن يتخلى ، بل يلتزم بالمضى فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل ، وهى المصلحة التى قصد الفضولى أن يرعاها . ولكن لا يلتزم الفضولى بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. فإذا تمكن من ذلك — وسنرى أن الفضولى يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع — سقط عن الفضولى التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضى فيه ، وأصبح من واجب رب

= التزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى ، كواقعة الجوار وواقعة القرابة . فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . وسنفصل ذلك عند الكلام فى الالتزامات التى تنشأ من القانون (أنظر فى الرأى الآخر مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص ٢٩ — ص ٣٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٥ من المشروع التمهيدى بتغيير لفظى =

العمل ، ومن حقه فى الوقت ذاته ، أن يباشر شؤونه بنفسه ، وأن يتخلى له الفضولى عن ذلك .

وإذا كان العمل الذى تولاه الفضولى عملا مادياً ، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق ، وجب على الفضولى المضى فى تنقية الزراعة أو فى إطفاء الحريق حتى يأتى رب العمل ويباشر العمل بنفسه . أما إذا كان العمل الذى تولاه تصرفاً قانونياً – سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصى – فواجبه هنا أيضاً أن يمضى فى عمله ، فيتم إبرام التصرف القانونى ، ويقوم بالإجراءات التى يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده ، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر ، فيؤدى ما أنشأه التصرف من التزامات ، ويطالب بما رتبه من حقوق ، باسم رب العمل أو باسمه الشخصى على حسب الأحوال . كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذى عقده الفضولى نيابة عنه ، فيمضى فى الإجراءات أو فى التنفيذ بنفسه . أما التصرف الذى عقده الفضولى باسمه الشخصى فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتى .

ب . الالتزام الثانى – إخطار الفضولى رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك :

٨٧٩ – ولا يكفى أن يمضى الفضولى فى العمل الذى بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه . وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبا عليه فهى أيضاً حق له . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثانى من المادة ١٩١ إذ تقول «كما يجب عليه (أى على الفضولى) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك[1]» . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية

= طفيف . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧ . كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣ – ص ٤٧٤) .

(١) أنظر فقرة ٨٧٨ فى الهامش .

للمشروع التمهيدى (١) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلاحظ أن الفضولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولى عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجب الفضولى أن يخطره بتدخله فى أول فرصة تتاح له . ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك » .

وغنى عن البيان أن الفضولى ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن ينتهز أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التى تحيط به للقيام بهذا الإخطار .

حـ . الالتزام الثالث — بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل :

٨٨٠ — النص القانونى : تنص المادة ١٩٢ على ما يأتى :

« ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى . ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » .

« ٢ — وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب » .

« ٣ — وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ٢ — ويكون مسئولا عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٣ — وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . وإن تعدد الفضولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية » . ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع النهائى بالصيغة الآتية : « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . ويكون مسئولا عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص —

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة فى الفضالة(١) . فهو : (١) يرسم

= التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٢ — وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . ٣ — وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين فى المسئولية » . — وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى دون تعديل تحت رقم ١٩٨ — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨ ، فاقترح حذف عبارة « وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » الواردة فى الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة . واقترح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتى : « ويكون مسئولا عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » . كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبيق للقواعد العامة وقواعد مسئولية المتبوع عن تابعه . واعترض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط فى العمل بين الفضوليين ، وإذا كان المقصود منهـا أن تطبق فى حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فمن الواجب إظهار هذا الحكم . واقترح أن يكون نصها كالآتى : « وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » . وبذلك أصبح نص المادة ١٩٨ كالآتى : « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص المادى ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ — وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية» . وفى جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها إرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفتها ، وسبب ذلك أن الفضالة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شىء من العناية فى النصوص الخاصة به . وقالت اللجنة فى تقريرها ما يأتى : « حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة» واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولى فى القيام بالعمل عناية الشخص المادى ، واستبدلت فى الفقرة نفسها عبارة « إذا كانت الظروف تبرر ذلك» بعبارة « إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك» فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تمليه العدالة» . وأصبح رقم المادة ١٩٢ — ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٤ — ص ٤٧٨) .

(١) أنظر ما يقابلها فى التقنينات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسبانيولى والمادة ١٥٦ من القانون اللبنانى والمادة ٦٨١ من القانون الألمانى والمادة ٤٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

ولا مقابل فى القانون المصرى القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ١٤٩/٢١٠ من القانون =

معيار الخطأ فى الفضالة وما يترتب من المسئولية على هذا الخطأ . (٢) ويبين أحكام نائب الفضولى. (٣) ويقرر التضامن فى المسئولية إذا تعدد الفضولى.

٨٨١ — الخطأ فى الفضالة: لا يلتزم الفضولى بالوصول إلى النتيجة المرجوة، بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادى للوصول إلى هذه النتيجة . فالتزامه ليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية (١).

ومعيار خطأ الفضولى هو كمعيار الخطأ العقدى ويقاس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ فقرة ٢) . فيجب ألا ينحرف الفضولى فى القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسئوليته (٢) . وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن التزام الفضولى ببذل عناية الرجل العادى ليس التزاماً عقدياً ، ولا هو خطأ تقصيرى لأن مسئولية الفضولى ليست مسئولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة . وإنما هو خطأ فى الفضالة ، معياره هو عين معيار الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى . وخصوصية هذا الخطأ أن المسئولية عنه قد لا تكون كاملة ، إذ يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسئولية

= القديم ، وهذا هو نصهما : «الالتزامات الناشئة عن الأفعال فى الأحوال المتقدم ذكرها (وهى حالة الفضالة وحالة استرداد غير المستحق) لا يترتب عليها تضامن فاعليها» . ونرى من ذلك أن القانون القديم لم يعرض فى هذا النص إلا لتضامن الفضوليين فى المسئولية فنفى هذا التضامن على خلاف ما قرره القانون الجديد . أما الأحكام الأخرى — معيار الخطأ وما يترتب عليه من مسئولية الفضولى وأحكام نائب الفضولى — فلم يعرض لها القانون القديم ، ولكن القضاء والفقه فى مصر كانا يقرران دون نص ، ومن طريق تطبيق القواعد العامة ، الأحكام التى وردت فى نصوص القانون الجديد إلا ما كان منها يحتاج فى تقريره إلى نص كرجوع رب العمل على نائب الفضولى بدعوى مباشرة .

(١) وإذا كان عمل الفضولى هو تصرف قانونى يبرمه باسمه الشخصى أو نيابة عن رب العمل ، فلا يعتبر إبرام هذا التصرف هو الغاية المرجوة ، بل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية . فيبقى إذن التزام الفضولى ، حتى فى هذه الحالة ، التزام عناية لا التزام غاية .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٦٦) يوجب أن يطابق الفضولى بين عمله وبين إرادة رب العمل ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . وقد رأينا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا الحكم لأنه «يورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة ، ورؤى الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر الفقرة ، وهو معيار السلوك المألوف للرجل المعتاد» .

الفضولى إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل . فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهم يتهدد رب العمل ، فى هذا الظرف الذى ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ فى عمله وانحرف قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسئولية وإنقاص التعويض(١) . وقد تكون ظروف أخرى ، غير تلك التى ساقته للتدخل ، سبباً فى تخفيف المسئولية . فالفضولى الذى يعمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية ، فيجد ظرف يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوى على شىء من المشقة يحجم عندها عن المضى فى عمله ، فينحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى ، قد يخفف القاضى من مسئوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذى جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً (٢).

وقد يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضر به رب العمل ، فيكون مسئولا عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. مثل ذلك أن يعمد الفضولى إلى إطفاء حريق شبت فى منزل جاره،ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة ، يهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار . فى هذا الفرض يكون خطأ الفضولى فى إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة ، ويكون مسئولا نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسئولية تقصيرية .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يلاحظ أن الفضولى يلزم ، ما بقى قائماً بالعمل ، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد . . . وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته . ومع ذلك فينبغى التسامح فى تقدير هذه المسئولية إذا كان الفضولى قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يتهدده : (أنظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦٨ من التقنين الألمانى والمادة ١٥٦ من التقنين اللبنانى والمادتين ١١٨١/٩٤٥ من التقنينين التونسى والمراكشى) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥) .

(٢) وقد رأينا ما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : « واستبدلت . . . عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك) . فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تمليه العدالة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨) .

٨٨٢ — نائب الفضولى : وقد يعهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال الفضالة كلها أو بعضها ، سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه(١). ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً (٢) وبمثابة المقاول من الباطن إذا كان عملا مادياً .

ويكون نائب الفضولى مسئولا قبل الفضولى، ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة، بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة :(أولا) على الفضولى لا عن خطئه هو فحسب ،بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له ، وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع (ثانياً) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون (٣) . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ إذ تقول : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع

---

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه ... » فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يعهد به إلى غيره . وقد عدل النص ، كما قدمنا ، فى المشروع النهائى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ... » فاتسع النص بذلك لحالة ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه.

(٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصيل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى.

(٣) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يعطى لرب العمل هذه الدعوى المباشرة . فهى دعوى قد استحدثها القانون الجديد . وليس لهذا الحكم المستحدث أثر رجعى . فلو أن فضولياً عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ولكن يجوز القول ، تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat)، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان القانون الجديد .

مباشرة على هذا النائب»(١) .

بقى أن نعرف هل يكون رب العمل — هو أيضاً — مسئولا عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولى ؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة ، كما وجد النص فى حالة نائب الوكيل (٢) وفى حالة المقاول من الباطن (٣) ، فلا يجوز القول بها ، ويبقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولى نفسه ويكون الفضولى ملتزماً نحو نائبه .

٨٨٣ — التضامن فى المسئولية عند تعدد الفضولى : ولما كان خطأ الفضولى فى الفضالة على النحو الذى قدمناه ليس بالخطأ التقصيرى ، فإن الفضوليين فى حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن ، وقد أورد القانون الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذى كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ١٤٩/٢١٠ قديم) . فجاء فى الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتى : « إذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » . ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضوليين (٤).

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد الفضوليون فى عمل واحد . أما إذا تولى كل فضولى عملا مستقلا عن عمل الآخر ، فلا يكون هناك تضامن(٥) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويسأل الفضولى كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من ينيبه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٦) .

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من القانون المدنى الجديد .

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من القانون المدنى الجديد .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وعند تعدد المتصدين لشأن واحد من الفضوليين ، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن . ولما كان هذا الخطأ يغاير صنوه فى نطاق المسئولية التقصيرية ، لذلك كان من الضرورى تقرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنص خاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) . أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعددهم المادة ٧٠٧ من القانون المدنى الجديد .

(٥) وقد رأينا فى الأعمال التحضيرية أن ذكر فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه «يجب أن يكون هناك ارتباط فى العمل بين الفضوليين» حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٧) — هذا وتضامن الفضوليين حكم استحدثه القانون الجديد كما =

د . الالتزام الرابع — تقديم الفضولى حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة :

٨٨٤ — النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٣ على ما يأتى: «يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به»(١) .

وتصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتى :

« ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه» .

« ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » .

٨٨٥ — تطبيق هذه النصوص : ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتى :

١ — إذا قام الفضولى بتصرف قانونى عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة فى حق رب العمل كما سبق القول . وإذا مضى الفضولى فى تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل، كما إذا استوفى حقاً ، فإنه يقبض الحق كوكيل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإن فعل فعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه بالسعر القانونى (أى ٤ فى المائة) من وقت استخدامها ، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت

=رأينا ، فلا يكون له أثر رجعى . فلو أن الفضوليين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسئولين عنه بالتضامن . أما إذا قاموا بهذا العمل فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن حتى لو قامت الفضالة قبل هذا التاريخ ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص كما هو فى المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩ . كما وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «يراعى أن الفضولى يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به ، وهو من هذه الناحية يلتزم بما يلتزم به الوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٩) .

الإعذار . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانونى تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

٢ — إذا قام الفضولى بتصرف قانونى عقده باسمه الشخصى لصالح رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ فى حقه لا فى حق رب العمل كما سبق القول . ويجب عليه أن يمضى فى العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء . فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف ، وقبض الثمن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه ، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانونى من وقت استخدامه . وعليه أن يرده لرب العمل ، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار .

٣ — إذا قام الفضولى بعمل مادى ، كما إذا جنى محصولا لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك . ولا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه ، وإلا ألزم بالتعويض .

§٢ — ما تشترك فيه التزامات الفضولى من أحكام

(أهلية الفضولى — الأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل — تقادم التزامات الفضولى)

١ — أهلية الفضولى :

٨٨٦ — أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى يتولاه : حتى نتبين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولى يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانونى وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالا مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فقد قدمنا أن أهلية الفضولى بالنسبة إلى هذا التصرف هى أهلية الوكيل، فيكفى فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذى يتولاه، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة فى رب العمل الذى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

وأما إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفاً قانونياً عقده باسمه

الشخصي ، فلا بد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذى يلتزم به كما رأينا ، ولا يشترط فى رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه .

٨٨٧ — أهلية الفضولى بالنسبة الى أعمال الفضالة باعتبارها جميعا أعمالا مادية: أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالا مادية بالنسبة إلى رب العمل — وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التى يقوم بها الفضولى، حتى التصرفات القانونية التى يعقدها باسمه أو باسم رب العمل ، تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا مادية — فإن أهلية الفضولى للالتزام بهذه الأعمال تقتضى دائماً أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قدمنا القصد فى أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هى بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات الفضولى أربعة . اثنان منها — المضى فى العمل وإخطار رب العمل — لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز . فيجب على الفضولى ولو لم يكن بالغاً سن الرشد ، ما دام مميزاً ، أن يمضى فى العمل الذى بدأ فيه وأن يخطر به رب العمل متى استطاع ذلك . وإذا هو أخل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالا بالتزام قانونى ، واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسئوليته التقصيرية كاملة . والالتزامان الآخران — بذل العناية الواجبة فى إدارة العمل وتقديم الحساب — هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه ، فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسئوليته التقصيرية كاملة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتى : « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع[١] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد النص بفقرتيه كما هو فى المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأرجأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ البت فى النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . =

ويستخلص من ذلك أن الفضولى إذا كان كامل الأهلية ، كانت مسئوليته كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة فى القيام بأعمال الفضالة وعن الالتزام بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية ، فلا يكون مسئولا إلا بالقدر الذى أثرى به . فإذا ارتكب خطأ فى الفضالة ، أو قصر فى تقديم

= ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٨).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الأولى من هذا النص ما يأتى : «تفترض التزامات الفضولى — وهى التزام المضى فى العمل والتزام بذل عناية الشخص المعتاد والتزام تقديم الحساب — توافر أهلية التعاقد فيه ، ما دام وضعه يماثل وضع الوكيل من هذا الوجه . وتفريعاً على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسى الإيطالى «بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلا للالتزام بطريق الفضالة» . واستدرك النص فقرر أن الفضولى يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يثرى بغير سبب . فإذا لم يكن الفضولى أهلا للتعاقد ، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وقواعد المسئولية التقصيرية . فمسئوليته والحال هذه تقتصر على القدر الذى أثرى به على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل . ثم إن تلك المسئولية ليس أساسها خطأ قوامه التفريط فى بذل عناية الشخص المعتاد ، بل يجب لترتيبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير مشروع من الفضولى متى كان بداهة غير مجرد من التمييز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧) .

ونحن نأخذ على ما جاء فى المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ فى الفضالة ، ومسئولية الفضولى ناقص الأهلية عنه مسئولية غير كاملة فى حدود الإثراء بلا سبب ، والخطأ التقصيرى ، ومسئولية الفضولى عنه مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية . ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى قد يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالا مادية ، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين التزام الفضولى بالمضى فى العمل والإخطار عنه والتزامه ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب .

وعذرنا — ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية — أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة ، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأى . وقد استقر بنا الرأى بعد تمحيص على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٩ ص ٤٠٥ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٦٢ — الدكتور أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد النسخة الفرنسية ص ١٦٧ هامش رقم ٧ — الدكتور محمد وهيبة فى النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧ — والتون ٢ ص ١٥٨ — ص ١٥٩ — دى هلتس ٢ ص ٣٠١ فقرة ٤٦ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٩ — أوبرى ورو ٦ ص ٢٩٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ — كولان وكابيتان ٢ ص ٧٢١ — ديموج ٣ فقرة ٢٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٨) .

الحساب لرب العمل ، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك ، فلا يكون الفضولى ناقص الأهلية مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلا وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة — وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيرى والخطأ فى الفضالة — فتكون مسئولية الفضولى عن الخطأ التقصيرى مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق وفى دعوى الفضالة ، أن المثرى لا تشترط فيه أية أهلية ، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز. أما المدفوع له فى دعوى غير المستحق ، أو الفضولى فى دعوى الفضالة ، فيشترط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب .

ب — أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى :

٨٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٤ على ما يأتى :

« ١ — إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ » .

« ٢ — وإذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تنقضى الفضالة بموت الفضولى ، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢ . ٢ — ولا تنقضى الفضالة بموت رب العمل ، ويبقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم » . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل فى الصياغة يقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص النهائى ما يأتى :

« ١ — إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤ . ٢ — إذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم » . وأصبح رقم المادة ٢٠٠ فى المشروع النهائى — ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخر الفقرة الأولى كلمتى « فقرة ٢ » ، واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ — ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ٢٠٠ — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ووفق =

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتى :

«وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » .

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين : موت الفضولى وموت رب العمل .

٨٨٩ — موت الفضولى : تنقضى الفضالة بموت الفضولى كما تنقضى الوكالة بموت الوكيل ، وبذلك تنقضى التزامات كل من الفضولى والوكيل . أما ورثة الفضولى فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلتزم به ورثة الوكيل . وهؤلاء ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل ، وباتخاذ التدبيرات المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال . وبذلك أيضاً تلتزم ورثة الفضولى إذا كانوا كاملى الأهلية وعلى علم بالفضالة . فعليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم . وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

٨٩٠ — موت رب العمل : هنا تختلف الفضالة عن الوكالة . فالوكالة تنقضى بموت الموكل (م ٧١٤) ، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧ فقرة ١) . أما الفضالة فلا تنقضى بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولى قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما

— على المادة دون تعديل بعد استبدال برقم ٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم المادة ١٩٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠ — ص ٤٨١) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « يظل الفضولى مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفى هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق فى هذا الصدد من طريق الميراث . بيد أن التزامات الفضولى تنقضى على نقيض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به ورثة الوكيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠) .

كان قائماً بها نحو رب العمل . ولا يكفي أن يصل الفضولي بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، كما تفعل ورثة الوكيل وكما تفعل ورثته إذا مات هو ، بل يجب عليه أن يستمر في العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم .

والسبب في أن الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل أن موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه ، فهو فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى لانقضاء الفضالة بموت رب العمل . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما ، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء في علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة . أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضي بموت الفضولي أو الوكيل ، فذلك لأن الفضولي أو الوكيل هو الذي يقوم بالعمل ، فلا محل لإلزام الورثة بما التزم به مورثهم .

ح — تقادم التزامات الفضولي :

٨٩١ — تنص المادة ١٩٧ على أنه «تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق» (١) .

ويستخلص من هذا النص أن الفضولي إذا لم يقم بالتزاماته ، بأن لم يمض في العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله ، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيناً أو بطريق التعويض .

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدتين : ثلاث سنوات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧١ من المشروع التمهيدي مع زيادة كلمة «بالتقادم» في صدر النص . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة «بالتقادم» تحت رقم ١٩٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٨ — ص ٤٨٩) . وحذفت كلمة «بالتقادم» لأن معنى التقادم واضح بدونها ، فلا ضرورة لها .

من اليوم الذى يعلم فيه رب العمل بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق . ومدة التقادم هذه هى عينها مدة التقادم فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق .

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه فى الدعويين الأخيرتين ، من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة . ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه فى الرجوع على الفضولى .

المطلب الثانى

التزامات رب العمل

٨٩٢ — ماهى هذه الالتزامات وماهو مصدرها : تنص المادة ١٩٥ على على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل فى حدود إدارته الحسنة ، فإذا حسنت هذه الإدارة ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها ، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها باسمه الفضولى ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها شخصياً ، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التى تسوغها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه تعويضاً عادلا عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ٢ — ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » — وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة « سوغتها » بكلمة « تسوغها » تحت رقم ٢٠١ فى المشروع النهائى — ووافق مجلس النواب على النص —

ويتبين من هذا النص أن رب العمل تترتب فى ذمته التزامات أربعة :

١ — أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه .

٢ — أن يعوض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصياً .

٣ — أن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذى قام به الفضولى يدخل فى أعمال مهنته .

٤ — أن يعوض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل .

بقى أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة .

فأول التزام منها — وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل — مصدره النيابة القانونية . وهى نيابة أنشأها القانون بصريح النص فى صدر المادة ١٩٥ إذ يقول : « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

= دون تعديل تحت رقم ٢٠١ — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « فى حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة » الواردة فى أول الفقرة الأولى ، واقترحت الإحالة إلى المعيار السابق النص عليه فى المادة ١٩٨ . كما اقترح استبدال كلمة « لحسابه » بكلمة « باسمه » وحذف كلمتى « كل » و « شخصياً » وعبارتى « التى سوغتها الظروف » و « تعويضاً عادلا » . كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة . فوافقت اللجنة على كل ذلك . وقد اقتضت الصياغة حذف كلمتى « منها كان » والاستعاضة عنهما بعبارة « وفى هذه الحالة يكون » . وبذلك أصبح نص المادة كالآتى : « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها لحسابه الفضولى ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التى سبق لها أن حذفتها وهى « التى سوغتها الظروف » ، وكتبت فى تقريرها ما يأتى : « عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدمجت فيها الفقرة الثانية ، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة « فى حدود إدارته الحسنة » عبارة « متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى » حتى لا يتبادر إلى الذهن أن النص يأخذ بمعيار غير المعيار الذى قررته المادة ١٩٨ ، وهذبت صياغة المادة تهذيباً لفظياً يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقمها ١٩٥ » .

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٢ — ص ٤٨٥) .

والالتزامات الثلاثة الأخيرة — تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها باسمه ، ورد النفقات والأجر ، وتعويضه عن الضرر — مصدرها الإثراء بلا سبب . ومن هنا تتصل الفضالة بقاعدة الإثراء . ذلك أن الفضولى بما أداه من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً ، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعوض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملا ، لا فى حدود إثراء رب العمل فحسب. وفى هذا يتميز الفضولى عن المفتقر لمصلحة الغير ، لأن الفضولى متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا .

ونستعرض : (أولا) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام ، تتعلق بأهلية رب العمل ، وبالأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى ، وبتقادم هذه الالتزامات .

١§— التزامات رب العمل الأربعة

١ . الالتزام الأول — تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه :

٨٩٣—رأينا أن الفضولى قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل. فإذا كانت أركان الفضالة متوافرة فى هذه الحالة ، فإن الفضولى يعتبر نائباً عن رب العمل . وهذه النيابة قانونية تقررت بنص فى القانون كما رأينا ، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهى نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة .

وينبنى على ذلك أن العقود التى يبرمها الفضولى بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل ، فى الحقوق التى أنشأتها وفى الالتزامات التى رتبتها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن فى هذه العقود أو المدين . وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التى رتبتها هذه العقود . ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التى تقوم عليها الفضالة(١) .

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يلزم رب العمل أولا بالوفاء بما تعهد به الفضولى . وينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فرضين : فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولى باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه، التزم =

ب . الالتزام الثانى – تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هـذا باسمه شخصياً :

٨٩٤ — قدمنا أن الفضولى قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل. فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فينشىء عقد المقاولة فى ذمة الفضولى التزامات نحو المقاول. فيلتزم رب العمل فى هذه الحالة أن يعوض الفضولى عن هذه الالتزامات . وإذا كان الفضولى هو الذى يؤديها للمقاول ، فإنه يرجع بما يؤديه على رب العمل ، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من يوم أن أدى ، ذلك أن الالتزامات التى أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سنرى .

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلى . فكفله متطوعاً . لا مأموراً بالكفالة ولا منهياً عنها ، يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن أن يوفى له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلى . فإذا أدى الدين للدائن . رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه ، مضافاً إليه المصروفات والفوائد

= هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التى تنشأ عن الفضالة، وبهذا يصبح رأساً دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) .

هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة فى العهد الأول ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب عندما قضت بما يأتى : «الأوراق المالية التى جعل لها غوردون باشا سعراً إجبارياً فى أثناء حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هى أوراق نقدية حقاً . ولما كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها ، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا ، فإن هذه الأوراق لا يحتج بها على الحكومة المصرية . ومع ذلك يجوز لحاملى هذه الأوراق الحسنى النية أن يطالبوا برد قيمتها إذا هم أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لعملائها من المؤن والبضائع ما يساوى هذه القيمة» . (استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٢٤) . والظاهر أن المحكمة طبقت فى هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن كانت لم تفصح عن ذلك . والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عندما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يعمل باسم الحكومة المصرية ، عن طريق الفضالة لأنه لم يتلق تفويضاً منها ، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحاملى هذه الأوراق لأن غوردون باشا كان نائباً عنها فى هذا التصرف القانونى (أنظر مارافان المجلة المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٣٠ — ص ٣١) .

القانونية (١).

حـ . الالتزام الثالث – رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر :

٨٩٥ – النفقات الضرورية والنافعة : يلتزم رب العمل أن يرد للفضولى «النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » . فإذا قام الفضولى بترميم منزل لرب العمل ، فإنه ينفق فى ترميمه مصروفات ضرورية . وإذا ما جنى له محصولا يسرع إليه التلف ، فإنه يدفع أجر الأيدى العاملة لجنى المحصول . وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه . فيدفع مصروفات التخزين ، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف . كل هذه المصروفات الضرورية ، والمصروفات النافعة التى سوغتها الظروف (٢) ، يرجع بها الفضولى على رب العمل . بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من وقت الإنفاق . وفى هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولى ، فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية(٣) . ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة ، فلا يجوز للفضولى أن يُفرط فى هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً ، بل يجب أن نقف فى هذا عند حد معقول

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما إذا تعاقد الفضولى باسمه شخصياً ، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضـولى من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولى . ولـكن رب العمل يلزم بتعويض عن جسم ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) . ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية «وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب» إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين .

(٢) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولى الحق فى أن يسترد المصروفات النافعة ، ما دامت هـذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها ، حتى لو كان النفع الذى كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولى الحق فى اسـترداد المصروفات التى اقتضتها أعمال إدارته ، مضافاً إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق . أما فى دعوى الإثراء فلا يسترد المدعى هذه المصروفات إلا فى حدود ما انتفع به المالك ، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

لا يتحمل كامل رب العمل عند الرجوع عليه بها(١) .

ويلاحظ أن التزام رب العمل فى رد النفقات إلى الفضولى يعدل التزام الموكل فى رد النفقات إلى الوكيل . وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام الأخير على الوجه الآتى : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإتفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة » .

٨٩٦ — الأجر: ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولى إذا كان العمل الذى قام به يدخل فى أعمال مهنته . فالمحامى والطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصلحة الغير استحق أجراً على عمله ، فوق المصروفات التى أنفقها ، هو الأجر المعتاد لمثله .

أما إذا كان الفضولى قد قام بعمل لا يدخل فى أعمال مهنته ، كطبيب رمم منزل جار له ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ، ويقتصر على استرداد المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذى قدمناه(٢) .

ويلاحظ أن الوكيل كالفضولى لا يستحق فى الأصل أجراً على عمله . وهو كالفضولى أيضاً فى أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة فى أعمال مهنته . ويختلف عن الفضولى فى أنه قد يتفق مع الموكل على أجر ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا آوى صاحب فندق عاملين جرحا فى حادث وعالجهما ، وقد مات أحدهما وشفى الآخر ، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات المأوى والعلاج ، دون تفريق بين نفقات من مات ونفقات من شفى ، وليس لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب ، وأن يطلب إنقاصها إلى القدر الجزافى الذى حدده قانون العمل الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ١٣٧ — وانظر أيضاً تعليقاً على الحكم فى مجموعة كابيتان فى الأحكام الرئيسية للقضاء المدنى بباريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٧) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن الفضولى لا يستحق أجراً على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولى من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذى أداه يدخل فى نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن فى طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) .

ولا يتصور هذا الاتفاق فى حالة الفضولى مع رب العمل . وفى هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ : «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل» .

د . الالتزام الرابع — تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه :

٨٩٧ — قد يلحق الفضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل ؛ يطفئ حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له ، ينقذ شخصاً موشكاً على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه ، يمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة . فإذا كان الضرر الذى أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها أثناء القيام بعمله ، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه(١) .

ويلاحظ أن حق الفضولى فى تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل فى ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه «يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً» .

ويلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل ، بأن قام فضولى مثلا بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع ، فلا تضامن بين أرباب العمل المتعددين فى التزاماتهم نحو الفضولى ، إذ لا تضامن دون نص . وقد ورد النص فى تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وفى تعدد الوكيل (م ٧٠٧) ، وفى تعدد الموكل (م ٧١٢) ،

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولى تعويضاً عادلا عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل . ويتحقق معنى العدالة فى التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولى إتقاءه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية . ويقوم حق الفضولى فى اقتضاء التعويض على ما يتمثل فى الضرر الحادث له من إفتقار» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٤) .

وتطبيقاً لحق الفضولى فى اقتضاء تعويض عن الضرر الذى يلحقه ، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسائق قطار بذل جهداً غير عادى لاتقاء حادث ، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصبى جعله غير صالح للخدمة ، بأنه ، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة ، يحق له بمقتضى المبدأ المقرر فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الخسارة التى درأها عن مصلحة السكة الحديدية باتقائه حادثاً جسيماً للقطار وفى مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا العمل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص ١٣٠ — الحقوق ٥٥ ص ٩٩) .

ولم يرد فى تعدد رب العمل . والعلة فى ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن .

§ ٢ — ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

(أهلية رب العمل — الأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى — تقادم التزامات رب العمل)

ا — أهلية رب العمل :

٨٩٨—لا تشترط أية أهلية فى رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه بل وغير المميز ، إذا قام فضولى بعمل لمصلحتهم ، التزموا نحوه بالالتزامات التى تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصدرها الإثراء بلا سبب كما قدمنا ، وقد رأينا أن المثرى يلتزم برد ما أثرى حتى لو كان غير مميز . وتردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول : «أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد[١]» .

ويصح أن يكون رب العمل شخصاً معنوياً ، كشركة أو جمعية أو مؤسسة أو جهة وقف .

ويلاحظ أن الفضولى إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر فى رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ب — أثر موت رب العمل أو موت الفضولى فى التزامات رب العمل :

٨٩٩— لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولى فى

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما ما يترتب من الالتزامات فى ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما ، فحكمه النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصيل غير مميز . وفى هذه الصورة يلزم الأصيل بأداء ما تحمل الفضولى من نفقات وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٧) . ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة «بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب» يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين .

التزامات رب العمل ، كما ورد النص الذى يبين هذا الأثر فى التزامات الفضولى (م ١٩٤) . فيجب هنا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى النتائج الآتية :

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى فى تركته واجبة للفضولى ، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولى ، بقى رب العمل ملتزماً نحو ورثته . فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنافعة وأجر الفضولى إذا استحق أجراً ، ويعوضهم عن الالتزامات الشخصية التى عقدها الفضولى باسمه وعما لحق به من الضرر . وكل هذه الحقوق تدخل فى تركة الفضولى وتنتقل إلى ورثته بعد موته .

حـ — تقادم التزامات رب العمل :

٩٠٠ — سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧ ، وهى تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الفضولى بحقه ، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه حق الفضولى .

فالدعوى التى يرفعها الفضولى لمطالبة رب العمل بحقوقه ، من استرداد للمصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك ، تتقادم بأقصر مدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق. وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولى بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتى عشرة سنة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى مواطن متعددة .

أما فى الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات ، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين (١).

---

(١) وقد كنا نعقد المقارنة فى مناسبات متفرقة بين الفضالة والوكالة ، وإذ فرغنا من الكلام فى الفضالة نلخص هذه المقارنة فيما يأتى :

تقترب الفضالة من الوكالة فى أن كلا منهما مصدر للنيابة ، وفى أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أجيزت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقى يعمل بعد انتهاء الوكالة . ويختلفان فى أن مصدر الفضالة عمل مادى ومصدر الوكالة اتفاق ، ومن ثم فالفضالة مصدر نيابة قانونية ، أما الوكالة فصدر لنيابة اتفاقية . ويختلفان كذلك فى أن عمل الفضولى قد —

= يكون تصرفاً قانونياً ، وقد يكون عملا مادياً . أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

هذا من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهري : هو أن رب العمل لم يختر الفضولي ولم يعهد إليه في أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه في أن يقوم بعمل وكله فيه . لذلك كانت التزامات الفضولي أشد قليلا من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلا من التزامات الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متقاربة . ويظهر ذلك من التفصيل الآتي :

١ — يلتزم الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه . أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع في الوكالة .

٢ — يلتزم الفضولي بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك . وهذا الالتزام غير متصور في حالة الوكيل .

٣ — يلتزم الفضولي ببذل عناية الرجل المعتاد ، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ . أما الوكيل فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً ، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) .

٤ — لا يعتبر الفضولي تابعاً لرب العمل . أما الوكيل فقد يعتبر تابعاً للموكل ، فيكون هذا مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع .

٥ — يرجع رب العمل مباشرة على نائب الفضولي ، ولا يرجع نائب الفضولي مباشرة على رب العمل . أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٦ — إذا تعدد الفضوليون قام بينهم التضامن ، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا تعددوا . أما في الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م ٧٠٧ و م ٧١٢) .

٧ — يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به . وعليه ، كما على الوكيل ، فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائد ما تبقى في ذمته من وقت أن يعذر .

٨ — ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الفضولي أو الوكيل ، باسم رب العمل أو الموكل ، مباشرة إلى هذين .

٩ — تتفق الفضالة والوكالة أيضاً في أن الفضولي أو الوكيل يسترد ما تكلفه من التزامات ومصروفات ، ويعوض عما أصابه من ضرر ، ويتقاضى فوائد ما أنفق من وقت الإنفاق ولكن قد يكون حق الفضولي في استرداد المصروفات النافعة التي سوغتها الظروف أضيق قليلا من حق الوكيل في استرداد ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد — كذلك في الأجر يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت الوكالة في أعمال حرفته ، أما الفضولي فلا يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفضالة في أعمال حرفته ولا يتصور في حالته الاتفاق على الأجر .

١٠ — أهلية الفضولي تتراوح بين التمييز والأهلية الكاملة على تفصيل يختلف فيه عن الوكيل . ورب العمل يختلف عن الموكل في الأهلية ، إذ لا تشترط فيه أهلية ما ويشترط في الموكل أهلية التصرف الذي وكل فيه .

١١ — موت الفضولي يقضي الفضالة ، ولا يقضيها موت رب العمل ، أما الوكالة فتنقضي بموت كل من الوكيل والموكل .

١٢ — قد تنقضي الالتزامات الناشئة عن الفضالة بأقل من خمس عشرة سنة . أما الالتزامات الناشئة عن الوكالة فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة .

الباب الرابع

القانون

LA LOI

تمهيـــد

٩٠١ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها»(١).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى نظرته العامة فى هذا الصدد ما يأتى : « أوجز المشروع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالالتزامات التى تصدر

(١) تاريخ النص : وردهذا النص فى المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها . ٢ — ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها ، وأصبح النص رقمه المادة ٢٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رؤى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل ، ولكن اللجنة لم تقطع فى ذلك برأى بات . وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو ، وأصبح رقمه ١٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ — ص ٤٩٣) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « كل التزام أياً كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعاً . فن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب ، ويرد فى مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على نقيض ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى آن واحد . ويراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدراً وحيداً يتكفل بإنشاء الالتزام رأساً ، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه . وقد ساق التقنين اللبنانى فى معرض التمثيل للالتزامات التى تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإنفاق على بعض الأصهار . وقد تقدم أن التزامات الفضولى ، فيما يتعلق بالمضى فى العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحساب ، كلها ينشئها القانون رأساً ، وينفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص ٤٩٢).

عن نص القانون مباشرة . وقد حداه على ذلك ما هو ملحوظ فى ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها . فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشىء له بتعيين مضمونه وتحديد مداه . فرجعها جميعاً أحكام التشريعات الخاصة بها »(١) .

٩٠٢ — كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام : كل التزام مصدره القانون . فالالتزام المترتب على العقد ، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع ،والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب، كل هذه التزامات مصدرها القانون، لأن القانون هو الذى جعلها تنشأ من مصادرها،وحدد أركانها، وبين أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر ، هو الذى رتب عليه القانون إنشاءها. فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ثلاثة: (١) تطابق إرادتين : فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام ، فى الحدود التى بينها القانون ، ينشىء هذا الالتزام . ويكون مصدره المباشر هو العقد ، والقانون مصدره غير المباشر . (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير : فكل خطأ يصدر من شخص . ويلحق ضرراً بشخص آخر ، يلزم من ارتكب الخطأ بتعويض الضرر . ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع . والقانون مصدره غير المباشر . (٣) إثراء دون سبب : فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر ، ولم يكن للإثراء مصدر قانونى يستند إليه . يلزم المثرى بتعويض المفتقر . والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب . والقانون مصدره غير المباشر .

ويلاحظ فى هذه المصادر المباشرة للالتزام — العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب — أن القانون اختار عملا قانونياً . هو العقد . وعملين ماديين ، هما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب . وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . فمتى قام عمل منها نشأ الالتزام . دون تمييز بين حالة وحالة . فالعقد مصدر عام للالتزام ، سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ .

قرضاً أو إيجاراً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة ، وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى ، وأيا كان الالتزام الذى ينشأ من عقد معين . ولم يخص القانون حالة دون حالة فى جعله العقد مصدراً للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل ، أو حادثاً من حوادث العمل ، أو خطأ فى أعمال المهنة ، أو عملا يخل بالشرف والاعتبار ، أو منافسة غير مشروعة ، أوتعسفاً فى استعمال الحق ، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة . ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى حالات دون أخرى ، بل جعله مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات . والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام ، لا فرق فى ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى ، ولا بين افتقار إيجابى وافتقار سلبى . ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية ، ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل الفضولى . ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة ، بل عممه عليها جميعاً ، وجعله فيها كلها مصدراً للالتزام .

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة ، ويرتب فى كل حالة منها التزاماً ، يستند حقاً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى ، ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشىء الالتزام فى هذه الحالة وفى غيرها من الحالات — كما فعل فى المصادر المباشرة — بل كواقعة تنشىء الالتزام فى هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام فى هذه الحالة الخاصة كان هناك شىء من التجوز . فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام ، إذ أنشأه ، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات ، وحدد نطاقها ، ورسم مداها ، ورتب عليها حكمها . فالنص القانونى — لا العمل القانونى ولا العمل المادى — هو المصدر المباشر للالتزام(١) .

(١) ففى الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام ، ثم يأتى القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر . أما فى الالتزامات القانونية ، فالقانون =

فعل القانون ذلك فى بعض الوقائع المادية وفى بعض الأعمال القانونية ، ففين حالات خاصة ، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل قانونى ، وأنشأ فى هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر . أما الحالات الخاصة التى تستند إلى واقعة مادية ، فنها التزامات الأسرة والتزامات الجوار والتزامات الفضولى والتزام حائز الشىء بعرضه إذا كان محلا للنزاع (١) . وأما الحالات الخاصة التى تستند إلى عمل قانونى ، فهذه كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale) ، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة (٢).

ويستخلص من ذلك أمران : (أولا) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات . ومن ثم لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص . فالنص القانونى وحده هو الذى ينشىء هذه الالتزامات ، وهو مصدرها الوحيد . (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذى يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانونى وبيان أحكامه .

ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

= هو المصدر الأول والآخر ، والنص القانونى هو الذى ينشىء الالتزام مباشرة دون أن يستند فى إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر .

وترى من ذلك أن القانون يستبقى وصايته على بعض الوقائع التى تكون مصدراً للالتزام ، فيمسك بزمامها ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو فى الوقت ذاته يحرر بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجعلها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب .

(١) أنظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ، وقد حذفتها لجنة المراجعة ، وسنعود إليها فيما يلى . هذا ويلاحظ أن التزامات رب العمل ، بخلاف التزامات الفضولى ، لها مصدر عام هو الإثراء بلا سبب .

(٢) وسنرى فيما يلى أن الالتزامات التى تنشأ عن الإرادة المنفردة فى القانون المدنى الجديد هى التزامات أنشأتها نصوص خاصة ، فهى التزامات قانونية . ولم ترق الإرادة المنفردة فى القانون الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، بالرغم من إفراد فصل خاص لها .

المبحث الأول

النص هو الذى ينشىء الالتزام القانونى

٩٠٣ — هل هناك سياسة تشريعية توجهها القانون فى إنشاء الالتزامات القانونية : رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأينما نجد نصاً ينشىء التزاماً ، فثم التزام قانونى .

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تخلقها هذه النصوص تحكماً ، دون أن تكون هناك فى إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانونى ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعى .

وهذا هو الظاهر . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع فى إنشاء الالتزامات القانونية ، كما يخضع فى إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور .

ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية فى إنشاء الالتزامات القانونية.

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤ — الالتزامات السلبية : بديهى أن الإنسان يلتزم بإرادته فى الحدود التى يسمح بهـا القانون . فالالتزام الإرادى لا عناء فى تبريره . وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة ، فالقانون هو الذى أوجده .

والقانون فى إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل فى حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية . ولكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها ، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى فى الصياغة القانونية ، أهمها أنه لا يستطيع

أن يصوغ التزاماً مبهماً غير محدد ، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه . فهو لا يستطيع مثلا أن ينشىء التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة . مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى فى دائرة الآداب والاجتماع . ويتناول القانون فى رفق بعض نواحيه ، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده ، ويصوغه التزامات قانونية ، فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون .

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان فى الالتزامات السلبية ، لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة. فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة . قال فى الأول منهما : لا تضر بالغير دون حق ، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام . وقال فى الثانى : لا تثر على حساب الغير دون سبب ، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر .

وهنا وقف القانون ، ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالقاعدتين الأوليين. ذلك أنه كان يقرر فى هاتين القاعدتين التزامات سلبية . فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية ، ومن النهى عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة، فثم العسر والتحكم، إذ تختلط الحدود، وتنبهم الضوابط .

٩٠٥ — الالتزامات الإيجابية: على أن القانون لم يسعه أن يقف عند هذه الحدود السلبية، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولكن فى كثير من الأناة. وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول فى عبارة عامة : لا تضر بالغير ، ولا تثر على حساب الغير ، فإنه لم يستطع أن يقول : ساعد الغير ، فى عبارة لها ذات العموم والشمول . قال : ساعد الغير ، ولكن فى مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها .

فبدأ بمن ساعد الغير فعلا من تلقاء نفسه — الفضولى — وقال له عليك أن تمضى فى عملك ما دمت قد بدأته ، وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة ، وعليك أن تقدم عنه حساباً . هذه هى الالتزامات القانونية التى ترتبها النصوص فى ذمة الفضولى ، ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا .

ثم سار خطوة أوسع ، وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم فى ذلك التزامات محددة إلا فى نطاق محدود: نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض بأوثق الاتصال ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة ، ونطاق أصحاب المهنة ، ونطاق الجمعيات والنقابات ، بل نظر فى حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة .

أما فى نطاق الأسرة ، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة . من ذلك التزامات الزوجية ، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة ، والالتزام بالنفقة ، وغير ذلك من التزامات الأسرة . وكلها تقوم على التضامن الواجب فيما بين أفرادها .

وأما فى نطاق الجوار ، فهناك التزامات سلبية : كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران ، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة وهناك التزامات إيجابية : كالتزام الجار نحو جاره فى الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار ، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد .

وفى نطاق المهنة ، أوجد القانون فى ذمة رب العمل التزامات نحو عماله فى تعويضهم عن مخاطر العمل ، وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم ، وينخرطون فى سلك هيئة واحدة .

وفى نطاق الجمعيات والنقابات ، أنشأ التزامات مختلفة فى ذمة أعضاء هذه الجمعيات والنقابات تقوم على التعاون فيما بينهم .

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة ، فأنشأ التزامات فى ذمة أفرادها نحو الدولة ، أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

والقانون فى كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة : لا ينشىء التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعى ، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم ،

معروف المدى، منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبي إلى النطاق الإيجابي : فانتقل من الالتزامات العامة التي يكون مصدرها المباشر واقعة مادية ، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة .

المطلب الثاني

الالتزامات القانونية التي تستند إلى الارادة المنفردة(*)

٩٠٦ — هل تستطيع الارادة المنفردة أن تنشئ التزاما[1] : رأينا فيما تقدم أن العقد ، وهو تطابق إرادتين ، يعتبر مصدراً عاماً للالتزام ، فما هي قيمة الإرادة المنفردة ، وهل تستطيع أن تنشىء التزاماً ؟ وإذا كانت تنشىء الالتزام ، فهل هي كالعقد مصدر عام للالتزام ، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محدودة بمقتضى نصوص قانونية خاصة ؟

لا شك في أن الإرادة المنفردة ، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral)، تنتج آثاراً قانونية مختلفة. فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن ، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة ، وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل

(*) بعض المراجع في الإرادة المنفردة : ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ ومابعدها — سالى الالتزامات فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٤ — ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — جيير (Guihaire) رسالة من رن سنة ١٩٠١ — إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — تالانديه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ — كولدبرج (Coldberg) رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ — مارسكو (Marosco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — تارد (Tarde) في تطورات القانون ص ١١٩ وما بعدها — ديجيه (Duguit) في تطورات القانون الخاص — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ — فقرة ١٩٦ — الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٧٥ — فقرة ٧٨ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٠٤ — فقرة ٤١٤ .

(١) ننقل مايلي عن نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ — فقرة ١٨٥ .

الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصى (الالتزام) أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة فى القانون المدنى الجديد تسقط الحق الشخصى بالإبراء (م ٣٧١) ، وبقى أن نعرف هل هى أيضاً تنشىء الحق الشخصى ؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة فى القانون المدنى الجديد ، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذى يتولد عن عمل قانونى لا يكون مصدره إلا عقداً أى توافق إرادتين ، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسى من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاء فى فرنسا (١) وفى مصر فى عهد القانون القديم (٢) . ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً. وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيجل (Siegel) . فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام ، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه. وقد انتصر لهذه النظرية غير سيجل من الفقهاء الألمان كثيرون(٣)، وساير الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين (٤) .

---

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨ ص٣٦—ص٣٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٢ — لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٥ — بيدان فى الالتزامات فقرة ٥٨ . محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٤٠٤ .

(٢) والتون ١ ص ١٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — وفى ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ — وفى ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ .

(٣) أنظر جاكوبى (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكبن (Koppen) ومانزمان (Mannesmann) وهولتسندورف (Holzendorff) فى المراجع المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص ١٨٦ هامش رقم ١ .

(٤) أنظر تارد (Tarde) فى تطورات القانون ص ١٢٠ — ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨ ص٥٥ و٢ فقرة ٥٥٣ ص١٣٦ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ — وورمز فى رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١ .

والأستاذ وورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نصر نظرية الإرادة المنفردة فى فرنسا ، إلى =

ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية : (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون . فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور ، أى لغير شخص معين . وقد يكون الدائن غير موجود فى الحال ولكنه سيوجد فى المستقبل . أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته ، فنى كل هذه الفروض ، وهى فروض تقع كثيراً فى العمل ، لا يمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين ، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً . ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا فى لحظة واحدة ، وهذا مستحيل فى التعاقد بالمراسلة . بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان فى مجلس واحد . فإن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر فى إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب . ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول . فالإيجاب والقبول يتعاقبان ، فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان ، فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول ، وهذا محض فرض نأخذ

=جانب الأستاذ سالى الذى تولى نشر النظريات الألمانية فى كتابيه المعروفين، الالتزامات فى القانون الألمانى والإعلان عن الإرادة . وقد تشيع الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشيع ، وهو يرى أن التطور التاريخى للارادة ، باعتبارها منشئة للالتزام ، يدل على أنها تخلصت تدريجياً من الأوضاع التى كانت تحوط بها ، وأن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة ، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لايزال باقياً ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام . والدليل على أن الإرادة الواحدة هى التى تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل ، فإن العقد يتم رغماً من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين ، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بذاته (رسالة الأستاذ ورمز ص ١٦٥ وص ١٧٩) . ويقول أيضاً إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدراً للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب فى العقد ذاته ، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاما ، فلماذا لاتستطيع أن تكون هى وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى ، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة ! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز ص ٩٣) .

به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزعم أنها هى الإرادة الباطنة . والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هى ، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقاً فى ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام (adhésion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته. وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد ، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول . (٣) ثم إنه ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته ، فالإنسان حر فى أن يقيد نفسه فى الدائرة التى يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه فى نظرية توافق الإرادتين ، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها . أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التى كانت تحد من سلطان الإرادة ، فقديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هى التى توجد الأثر القانونى الذى تتجه إليه، فالواجب أن نصل فى هذا التطور إلى غايته المنطقية ، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نتطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه ، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام ، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتى : (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح ، لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائناً دون إرادته . فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن ، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائناً ، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد. (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة . فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وإن فى مكنتها أن تولد التزاماً، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تقضى هذا الالتزام، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله . وبهذا يصبح

التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته ، فيكون التزاماً منحلا . (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهى تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد وبت فيه بقرار نهائى ، وأعلن طفرة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذى يقع فى العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان فى أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، وكل إرادة تؤثر فى الأخرى وتعدل من اتجاهها ، حتى تتوافق الإرادتان ، وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كثيراً ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هى العقد ، فكلتا الإرادتين اشتركت فى تكوين الالتزام ، ولم تستقل إحداهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة.

والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين ، نقف قليلا لتقدير مبلغ ما فى نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدها . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقد قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن ما دام المدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشىء التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية . فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداهما فى الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة

تنتهى عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب فى دوره النهائى ويصبح إيجاباً باتاً ، ولا شك فى أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك ، ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر ، ولكن لاشك أيضاً فى أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتا صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه فى النهاية ، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هذا إلى أن هناك أحوالا كثيرة تقع فى العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجرى فى عقود الإذعان .

فنحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها . ولكننا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية . ذلك أن الأساس المنطقى للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم فى دائرة القانون ، ولا حاجة لأن تقترن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام . ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب ، بل من الناحية القانونية أيضاً . وما دام القانون قد وصل فى تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً فى إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة . ولكنه يستطيع أيضاً . وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته . أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة . فالالتزام الذى يعقده المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية . فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه فى أى وقت شاء . والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أى التزام . ولا يوجد فرق عملى كبير بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه . بقى أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها . وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين . هو الدائن . ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى

هذه الإرادة . فإذا تحقق هذا الفرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة ، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهى إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها فى تصرفه. وسواء كان سبب التزام المدين فى هذه الحالة هى إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو العقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه فى كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين ، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذى بنى عليه كل منهما لا يزال مختلفاً . وهذا الاختلاف فى الأساس قد يؤدى إلى نتائج ذات بال . ويكفى أن نشير هنا إلى أنه فى الفرض الأخير الذى عالجناه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة ، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين ، أى عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم إن التمشى مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام ، ونحل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالا للإرادة المنفردة بين هذه المصادر ، وتجعل العقد وحده هو العمل القانونى الذى ينشىء التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألمانى ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء فى حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة [١]. أما المشروع الفرنسى الإيطالى

---

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدنى الألمانى على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانونى لا يكون إلا بعقد ، عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك .

وفى هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى ما يأتى : « إن الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاما لإنشاء الالتزامات، فى الحد الذى ينشأ فيه الالتزام من عمل قانونى . صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألمانى) ، حذف هذا النص ، لترك المسألة لتقدير الفقهاء . وقد كان هذا يسمح للقضاء ، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية ، أن يتوسع فى الاستثناءات التى يدخلها على القاعدة . ولكن الأغلبية لم تمكن من هذا الرأى . ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التى يعترف بها القانون ، حتى يكون من المقرر أن الحالات التى يسلم فيها —

فقد جعل من الإرادة المنفردة ، إلى جانب العقد ، مصدراً عاماً للالتزام(١) . وسنرى الآن أن القانون المصرى الجديد نهج منهج القانون الألمانى ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا فى حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .

٩٠٧ — إلى أى مد أخذ القانون المدنى الجديد بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص فى المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى :

= القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة فى المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة» (الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى م ٣٠٥)

هذا وقد احتاط المشرع الألمانى فى أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية . وفى هذا يقول سالى : «إذا كان المشرع الألمانى قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التى أبداها برنتز (Brinz) ، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للارادة ، إذ يصعب ، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن تتبين هل هناك التزام بات جدى ، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به » (الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٤٢) .

(١) وقد انفرد المشروع الفرنسى الايطالى بعقد فصل خاص للارادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاما للالتزام . فقضى فى المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقترنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها ، وتطبق على الإرادة المنفردة القواعد التى تطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى أن هذا النص كان مثاراً لمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديداً جريئاً لا يتطلبه العمل ، ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، فالتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القانون . ومن المفيد إدخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضع حداً للخلاف فى تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة ، كما فى تطهير العقار ، وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد ، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً معقولة لهذا التجديد ، فهى لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (أنظر ص ٧١ — ص ٧٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة) .

« ١ — إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة . فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه » .

«٢ — وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام » .

« ٣ — يبقى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به . ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور» (١) .

فكان هذا النص ، على غرار المشروع الفرنسى الإيطالى فى مادته الستين ، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، مثلها فى ذلك مثل العقد . وكان يشترط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة ، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت . أما إذا لم ترفض ، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت إليه ، شأنها فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . ويسرى على الإرادة المنفردة مايسرى على العقد من أحكام، فيجب توافر الأهلية،وخلو الإرادة مما يشوب الرضاءمن عيوب، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة ، ووجود سبب مشروع . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين . ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ فى الهامش .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، شرحاً لهذا النص ، ما يأتى : « ١ — لايصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . فيجوز العدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا العدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقا لأحكام القواعد العامة . بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يمتاز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول ، وهذا ما يفرقه عن العقود . فيكفى للزومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرفضه هذا . ولكنه يسقط فى حالة الرفض ، إذ لايجوز أن يجبر أحد على أن يكسب حقا على رغمه . وهو من هذا الوجه يختلف اختلافا بيناً عن العقد ، فالعقد لايتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه . ومن الأهمية بمكان تبينما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم إلى مجرد الإيجاب . فمن المعلوم أن الإيجاب ، وإن كانت له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز العدول عنه ، لابد أن يقترن بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذى يراد ترتيبه . ٢ — ويفترض عند الشك فى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد=

ولو بقى هذا النص فانتقل إلى القانون المدنى الجديد ، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد . ولوجب إفراد باب خاص بها تعالج فيه على النحو الذى رأيناه فى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب(١) . ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة . وكان حذفه « عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً »(٢).

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ترد فى نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع فى سائر مراحله حتى أصبح قانوناً .

= الإيجاب . ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن الذى يدعى ذلك . ويكون الإثبات بالكتابة دائماً ، ولو كانت قيمة الوعد لا تجاوز عشرة جنيهات . وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التى يبقى الواعد خلالها ملتزماً بما وعد . ٣ — ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد ، تعين سريان أحكام العقود عليه . ويترتب على ذلك وجوب توافر أهلية التعاقد فى الواعد ، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب ، وقيام التزامه على سبب وعلى محل تتوافر فيهما الشرائط اللازمة . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ فى الهامش) .

(١) وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، محتذياً فى ذلك مثال المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر الأمر فى إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تنعدم أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأى بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة فى تكييف طبيعة بعض التصرفات ، كعرض الثمن على الدائنين المقيدة حقوقهم عند تطهير العقار ، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) ، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالعهود استجابة لما يقتضى حسن النية ، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) فى نطاق التعامل ، ولكن هذا التجديد مهما يكن حظه من الجرأة ، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الإيجاب . فمتى اعترف للإيجاب بقوة الإلزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام المنطق نفسه يؤدى إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦ — ص ٣٣٧ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ فى الهامش .

٩٠٨ — الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى القانون المدنى الجديد هى التزامات قانونية، ومصدرها المباشر هو القانون : ولم تتنبه الهيئات المختلفة التى تعاقبت على نظر مشروع القانون المدنى ، منذ لجنة المراجعة ، لهذا التغيير الجوهرى فى مصدر الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة . فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات ، وفقاً للمشروع التمهيدى ، هى الإرادة المنفردة ذاتها . وقد ارتقت إلى مقام العقد ، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام. ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للإرادة المنفردة فصلا خاصاً بها ، كما عقد فصولا خاصة للمصادر العامة الأخرى وهى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . ولكن بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ، وبمقتضى نص خاص ، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام . وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون ، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة ، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدره القانون ، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى ، وإدماجه فى الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام . وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله .

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ فى التبويب . فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتى بعد الباب المخصص للعقد ، كما فعل القانون المدنى الجديد ، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم فى الالتزامات التى يكون القانون هو مصدرها المباشر ، فنجعل الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة تدخل فى هذا النطاق .

فالقاعدة إذن فى القانون المدنى الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد فى نص قانونى. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر ، وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه .

وقد وردت نصوص متناثرة فى نواحى القانون تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة . نذكر من ذلك :

(١) الإيجاب الملزم . وقد ورد فيه النص الآتى (م ٩٣) : « ١ — إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام فى الإيجاب .

(٢) المؤسسات ، وقد ورد فيها النص الآتى (م ٧٠ فقرة ١) : « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . فإرادة المنشىء المنفردة هى التى توجد المؤسسة . وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما فى حياته ، أو بعد موته بوصية . ثم يلتزم المنشىء بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التى أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذى خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً ، وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوى(١) .

(٣) تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً ، وقد ورد فيه النص الآتى (م ١٠٦٦) : « يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً ، بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ

---

(١) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٣ — فقرة ١٩٤ .

ومما يدل على أن إرادة المنشىء للمؤسسة قد أنشأت التزاماً فى ذمته نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية فى خصوص الدعوى البوليصية ، فنص فى المادة ٧١ على أنه « يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائنى المنشىء وورثته بمثابة هبة أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا » . غير أن الهبة لا تكون إلا بعقد ، أما إنشاء المؤسسة فتكون بإرادة منفردة .

وكما تنشأ المؤسسة بإرادة منفردة ، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها . وقد نصت المادة ٧٢ على أنه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ » . وبديهى أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الموصى ، شأنها فى ذلك شأن كل وصية .

واجب الدفع فى الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته فى تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين فى المادة ١٠٦٥ .

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ . ولما كان هذا النص ينشىء التزاماً قانونياً أولى مكان يبحثه هو هذا الباب ، فسنتولى بحثه تفصيلا فيما يلى(١) .

---

(١) ويدخل فى تطبيقات الإرادة المنفردة منشئة للالتزام السند لحامله . ويكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين الساحب وأول حامل السند، وهذا العقد هو الذى ولد الالتزام فى ذمة الساحب . وقد حول الحامل الأول حقه إلى آخر ، وهذا إلى غيره ، إلى أن وصل السند إلى الحامل الأخير . إلا أن هناك فروضاً لاتنزل على هذا التكييف . فقد يكتب الساحب السند ، وقبل أن يسلمه لأحد يضيع منه أو يسرق ، فتتبادله الأيدى إلى أن يقع فى يد شخص حسن النية ، فيكون لهذا الشخص الحق فى استيفاء قيمته من الساحب . ولا يمكن أن يقال هنا إن الساحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل ، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائع أو لصاً سرقه . فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن نقول إن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاما مجرداً . كذلك إذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداولت الأيدى السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزماً ، ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً فى هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدراً لالتزامه هنا . وقد نص القانون الألمانى صراحة على الحلول المتقدمة ، فقضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تبادلته الأيدى رغم إرادته بأى شكل كان . وتقضى المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥) .

أما التزامات الفضولى فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة ، بل من واقعة مادية هى أن يتولى الفضولى شأناً لرب العمل . ولا يكفى لالتزام الفضولى أن يظهر إرادته فى أن يتولى شأناً لرب العمل ، مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، ما دام لم يتول هذا الشأن بالفعل . فالعمل المادى ، لا إرادة الفضولى ، هو الذى ينشىء فى ذمة الفضولى التزاماته المعروفة .

وكذلك التزام المتعهد نحو المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة . وقد مر بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير .

المبحث الثانى

النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول

القاعـــدة العامة

٩٠٩ — أركان الالتزام القانونى: رأينا أن النص هو الذى ينشىء الالتزام القانونى ، ويعتبر مصدراً مباشراً له . والنص كذلك هو الذى يعين أركان هذا الالتزام . وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم . فالرجوع إلى النص ، فى كل التزام قانونى منها على حدة ، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner) ، أو التزاماً بعمل (obligation de faire) ، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) . مثل الالتزام القانونى بالإعطاء الالتزام بالنفقة ، والالتزام بدفع الضرائب ، والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل . ومثل الالتزام القانونى بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر ، والتزام الجار أن يشترك فى وضع حد لملكه الملتصق بملك جاره . ومثل الالتزام القانونى بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذى يستتر به جاره دون عذر قوى ، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران .

والالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، رابطة ما بين دائن ومدين . وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه . ولما كان القانون فى الالتزام القانونى المبنى على واقعة مادية هو الذى يعين هذا المحل على النحو الذى بيناه ، إعطاء كان أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فإن المحل لا بد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة . فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركناً فى الالتزام القانونى إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويترتب على ذلك أن الالتزام القانونى

الذى يقوم على إرادة منفردة، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع . وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً . وكذلك المحل فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة ، فيجب فى تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى المحل .

والأهلية إنما يجب توافرها فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة. أما الالتزام القانونى المبنى على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك . وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية) ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك» . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة(١) . ومن الأمثلة على التزام قانونى مبنى على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات الفضولى ، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن إرادته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » . وكذلك ورثة الفضولى عندما أوجب القانون عليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٣ — وانظر آنفاً فقرة ٩٠١ فى الهامش . ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى وهى التى تقابل المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد ، لم تعرض إلا للالتزامات القانونيــة المبنية على وقائع مادية ، لأن الإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى كانت مصدراً عاما للالتزام كما قدمنا ، فلم تدخل الالتزامات الناشئة عنها فى نطاق هذا النص . ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لاتشترط أية أهلية فى الالتزامات القانونية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد الأهلية فى الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، ما يأتى : «وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالا عن إرادة ذوى الشأن ، فهى لاتقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين اللبنانى) . ومع هــذا فقد يتطلب القانون أهليــة خاصة بالنسبة لبعض هــذه الالتزامات ، مراعياً فى ذلك أنهـا لا تترتب بمعزل عن الإرادة . ومن هــذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عاتق الفضولى ، إذ يشترط القانون لترتيبه أن يكون من يتصدى لشأن من شؤون الغير متضلا أهلا التعـاقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ — ص ٤٩٣) .

وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل ، اشترط النص (م ١٩٤ فقرة ٢ وم ٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيهم الأهلية . وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية في الوصى أن يكون ذا أهلية كاملة .

٩١٠ — أحكام الالتزام القانونى: وكذلك النص هو الذى يبين أحكام الالتزام القانونى ، فيرجع فى كل التزام إلى النص الذى أنشأه لمعرفة هذه الأحكام .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، وإلا انتهى إلى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة .

وقد تبين طبيعة الالتزام القانونى شيئاً من أحكامه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب فى ذمته هذا الدين ، ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطة لحكم النفقة ، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الأثر على تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذى كان واجب الأداء قبل الوفاة(١) .

٩١١ — تطبيقات مختلفة: ونأتى ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويتكفل ببيان أحكامه . ويحسن قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضرورى أن يكون النص موجوداً فى القانون المدنى ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشىء التزامات قانونية ، وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وببيان أحكامه .

فمن الالتزامات القانونية التزامات الفضولى ، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التى أنشأتها ، ورأينا كيف أن هذه النصوص هى التى

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١١/١ ص ١٩١ — وانظر فى القضاء المختلط فى مناسبة دين النفقة المنصوص عليه فى القانون المدنى القديم (مواد ١٥٤ — ١٥٧/ ٢١٦ — ٢٢٠) تعليقات الأستاذ بطوروس على القانون المدنى القديم جزء ٢ ص ٦٠١ — ص ٦٠٥ .

تعين أركان الالتزام وتبين أحكامه .

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب . وهذا الالتزام يرجع فى تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب المختلفة .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة ، ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام . وهذه كلها يرجع فى تعيين أركانها وفى بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية ، وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية ، ثم إلى قانون المحاكم الحسبية .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار ، ويرجع فيها إلى نصوص القانون المدنى فى الكثرة الغالبة من الأحوال . وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مضار الجوار إذا جاوزت الحد المألوف ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوع فى الملك .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يتضمن نصاً ينشىء التزاماً قانونياً فى ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، بأن يعرض هذا الشىء على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشىء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنه أدخل فى باب المرافعات (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ فى الهامش . هذا والنص المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « ١ — كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشىء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له . ٢ — على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشىء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه . ٣ — ويكون عرض الشىء فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضى مكاناً آخر . وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً . وللقاضى أن يعلق عرض الشىء —

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالتزامات قانونية مبنية على وقائع مادية .

= على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض » .
وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « ومع ذلك فقد رؤى أن ينص استثناء على الالتزام بتقديم شيء . ذلك أن هذا الالتزام لم يظفر بمكان في سائر نواحي التشريع ، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ عن المشروع الفرنسي الإيطالي . وروعي أن هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن ما ورد من الأحكام في التقنينين الألماني والسويسري » .
وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ١ — يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضي ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : ا) أولها أن يدعي شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصيا كان الحق أم عينياً .
ب) والثاني أن يكون الشيء المدعي به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصما في الدعوى أم لم يكن خصما فيها . ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعي به من حيث وجوده ومداه ، ويرجع تقدير هذه الضرورة للقاضي .
فيجوز مثلا لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته .
ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه ، حتى يتسنى له أن يبين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . ٢ — فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعي به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق الطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا بمجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلا لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعي أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ، ليستخلص منه الدليل على التعسف . ٣ — فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوي للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلي مثلا . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه ، ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض » .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ و ص ٤٩١ — ص ٤٩٢ في الهامش) .

وبعد أن حذف هذا النص الجامع ، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين مختلفة لا تتسع لما كان هذا النص يتسع له . من ذلك ما جاء في المادة ١٦ من قانون التجارة : « لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال الشائعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس ، وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . وما جاء في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه =

وكذلك الحال فى الالتزامات القانونية المبنية على الإرادة المنفردة ، وقد أوردنا طائفة منها فيما قدمناه . فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التى أنشأتها بتعيين أركانها وببيان أحكامها . وقد رأينا تطبيقاً لذلك فى الإيجاب الملزم . وننتقل الآن لتطبيق آخر فى الوعد بجائزة ، ونفرد له مطلباً خاصاً .

المطلب الثانى

تطبيـــق خاص

الوعد بجائزة (الجعالة)

٩١٢ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٢ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها » .

« ٢ — وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور »(١) .

= بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده : ١ — إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها. ٢ — إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. ٣ — إذا استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى » . وما جاء فى المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة » . أنظر أيضاً المواد ١٨٠ إلى ١٨٨ من قانون المرافعات الجديد .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — من وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين ، التزم بإعطاء =

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناه على الإرادة المنفردة . فالنص إذن هو الذى يعين أركان هذا الالتزام القانونى ، وهو الذى يبين أحكامه .

= الجائزة لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلا القيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان الجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من قام بالعمل قبل الرجوع فى الوعد . ٣ — أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع فى الوعد» .

وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاء بعبارة تضاف فى آخر الفقرة الثانية وإدخال بعض التعديلات اللفظية ، فأصبح النص النهائى ما يأتى : «١ — من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلا القيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه ، جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة» . وأصبح رقم المادة ١٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة ، انتهت بأن أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى عبارة «أو دون علم بها» ، وهذه الإضافة تجعل المعنى أوضح لأن المقصود هو أن يلتزم من يعد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه ما دام الطرف الآخر قد قام بالعمل الذى خصصت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد . وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة «فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة» ، وقد راعت اللجنة فى الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلا عن أن نص المشروع يفضى إلى منازعات كثيرة غير عادلة . وأضافت حكماً جديداً أفرغته فى العبارة الآتية : «وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور» ، وقد راعت اللجنة فى هذه الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول وحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة الإثبات ، ولذلك جعلت مدة السقوط ستة أشهر . وأصبح رقم المادة ١٦٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ — ص ٣٤٩) .

وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة ، فعرض لأحكام الوعد بالجائزة إذا وجه للجمهور ، وخالف المشروع الفرنسى الإيطالى بشأنها ، فلا يزال هذا المشروع مبقياً على الأساس التعاقدى لذلك الوعد دون أن يشفع ذلك بتعليل شاف . وليس صحيحاً على وجه الإطلاق أن يقال إن هذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصيصة تبادلية ، وأن الوعد لا يتم إلا برضاء يصدر من إرادتين (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٦) ، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين ، =

٩١٣ — أركان التزام الواعد بالجائزة : ويتبين من النص أن التزام الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة ، وهذه هي الإرادة المنفردة . فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما في الإيجاب البات . ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به ، وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه ، وأن تتجه إلى سبب مشروع .

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين ، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود ، وسرت عليها قواعد الإيجاب فلابد من أن يقترن بها القبول ، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة . فتوجيه الإرادة إلى الجمهور ، أي إلى أشخاص غير معينين بالذات ، هو الذي يكسو الوعد بجائزة طابعه الذي يتميز به .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علني . ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان في الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة في الطرقات . والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علني ، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة.

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل : (أولا) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها . وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك . ولا شيء يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية ، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانياً) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة ، كالعثور على شيء ضائع أو وضع

=وهو ما يتحقق في كل الأحوال . بل الجوهري في هذا الصدد هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد ، فهو يلتزم بمشيئته وحدها لإزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦) .

أنظر في نصوص التقنينات الحديثة في الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من التقنين الألماني و م ٨ من تقنين الالتزامات السويسري و م ٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٠ .

أفضل تصميم هندسي أو النجاح فى امتحان أو الفوز فى مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك . ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد ، ففى الحالتين يلتزم الواعد ، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى .

٩١٤ — أحكام الالتزام — الوعد حددت له مدة : فإذا اجتمعت الأركان المتقدمة الذكر ، قام التزام الواعد ، وترتب عليه حكمه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب إنجاز العمل المطلوب فى خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة .

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل فى خلالها ، التزم نهائياً بإرادته ، ولم يكن له حق الرجوع . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب ، انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولا نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد ، ولكن قد يكون مسئولا نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب فى خلال المدة المحددة ، أصبح من قام بهذا العمل دائناً للواعد بالجائزة الموعودة ، سواء قام بالعمل عن رغبة فى الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة ، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها ، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها(١) . وهذا هو الذى يجعل الالتزام بالوعد التزاماً بإرادة منفردة ، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل ، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل وجود الجائزة ، أو قام به قبل إعلان الجائزة ، فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد ، ولا يبقى إلا أن يكون

---

(١) وقد أضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة « أو دون علم بها » لتشمل الفقرة « الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد ، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥) .

الواعد قد التزم بإرادته المنفردة(١) .

٩١٥ - *الوعد لم تحدد له مدة* : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل فى خلالها ، التزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب فى مدة معقولة(٢) استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها ، أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبـــة فيها ، لأن الواعد إنما يلتزم ، كما قدمنا ، بإرادته المنفردة .

ولكن الواعد ، ما دام لم يحدد مدة لوعده ، يكون له حق الرجوع فيه . ويكون الرجوع فى الوعد بالعلانية ذاتها التى تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال ، فى الفترة ما بين إعلان الوعد والرجوع فيه ، من أحد فرضين : فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب ، وإما أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ فى تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ فى تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه ، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل ، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة ، ولكن لا بمقتضى الوعد الذى سقط بالرجوع فيه ، بل بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية . ويترتب على ذلك أن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب التفريق بصدد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد . ففى الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة . فإذا انقضت هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد . أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائناً بالجائزة من فوره ، ولو لم يصدر فى ذلك عن رغبة فى الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلا بالوعد . وفى هذا ما ينفى عن الوعد بالجائزة صفته العقدية ، فهذه الصفة ليست فى رأى المشرع من مستلزماته » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩) .

(٢) نقول فى مدة معقولة لأن التزام الواعد ، كما سنرى ، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب فى وقت يجدى فيه القيام بهذا العمل . وإذا وقع خلاف فى تقدير المدة المعقولة فصل القاضى فى ذلك .

الرجوع على الواعد فى هذه الحالة يتقادم بالمدة التى تتقادم بها المسئولية التقصيرية ، أى بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذى أصابه وبالمسئول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر (١) .

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد ، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة ، ولم يؤثر فى حقه رجوع الواعد فى وعده . ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع ،أى فى وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً ، فأصبح دائناً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل . ولا يؤثر فى حقه هنا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة ، أو أن يكون قد قام به وهو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة ، فى جميع هذه الأحوال يكون الواعد ملتزماً بالجائزة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فى الحالة الثانية ، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه . ولكن يكون له أن يعدل عنه ، وفقاً للأوضاع التى صدر بها ، بأن يحصل العدول علنا بطريق النشر فى الصحف أو اللصق مثلا . ولا تخلو الحال فى الفترة التى تمضى بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة : ١) فإذا لم يكن قد بدىء فى تنفيذ العمل المطلوب ، تحلل الواعد نهائيا من تتائج وعده . ب) وإذا كان قد بدىء فى تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإتمام ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ فى هذا التنفيذ ما أنفقه ، على ألا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يعتبر الوعد الذى عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد فى أساسه إلى أحكام المسئولية التقصيرية المقررة فى نصوص القانون . وتسقط هذه المسئولية فى حالتين : أولاهما حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع فى الوعد ، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدىء فى تنفيذه قد تم ، إذ تنعدم فى هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذى أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد فى وعده . وكذلك يكون الشأن فى حالة البدء فى تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد هذا العدول . ج) ... ... » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ — ص ٣٤٠) .

ويلاحظ أن المشروع التمهيدى (م ٢٢٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتى . « أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع فى الوعد » . وهذا يفسر ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن . وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص ، كما قدمنا ، على الوجه الآتى : « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه ، جاز الحكم له بتعويض عادل ، لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ و ص ٣٤١) .

وذلك بمقتضى إرادته المنفردة (١).

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفرده: (١) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل فى خلال هذه المدة. (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع فى وعده وقام الفائز بالعمل. (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع فى وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع. وفى الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة، لأنه التزام إرادى ولم يرد فى تقادمه نص خاص. وفى الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة فى خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها. والظاهر أن هـذه المدة الأخيرة هى مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription)، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع. والسبب فى قصر المدة فى الحالة الثالثة، وفى جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم، هو — كما جاء فى تقرير لجنة القانون المـدنى بمجلس الشيوخ — قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول، وحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة، وصعوبة الإثبات (٢).

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠). وجاء فى المذكرة ذاتها ختاما لهذا الموضوع ما يأتى:

«وليس يبقى بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة، وأغفل المشروع ذكرها، مكتفياً فى شأنها بتطبيق القواعد العامة. فالمادة ٦٥٩ من التقنين الألمانى تنص على أنه « إذا نفذ العمل الذى بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد، كانت الجائزة للأسبق. فإذا تعدد المتفذون فى وقت واحد، كانت الجائزة سوية بينهم» (أنظر أيضا المادة ١٧ من كل من التقنينين التونسى والمراكشى). وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألمانى على أنه « إذا تعاون عدة أشخاص فى تحقيق النتيجة التى بذلت الجائزة من أجلها، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل، قوامه ما يكون لـكل منهم من نصيب فى تحقيق هذه النتيجة ». ويقضى التقنين البولونى فى المادة ١٠٦ ببطلان « الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم فى مسابقة، إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً للتقدم فى هذه المسابقة. ويكون للواعد الحق فى تقرير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة، ولأى عمل تمنح، إلا إذا كان قد بين فى إعلانه طريقاً آخر للفصل فى نتيجة المسابقة. ولا يكسب الواعد ملـكية العمل الذى استحق الجائزة، أو حقوق منشئه فيـه، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق فى الإعلان ». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٧.

ويمكن القول ، من ناحية التكييف القانونى ، إن الواعد بالجائزة رتب فى ذمته التزاماً بإرادته المنفردة — من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور — لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة إذا هو قام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب فى المدة المعينة أو فى مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالا ، ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط ، وهذا فى غير الحالة الثالثة التى ورد فيها نص خاص جعل مدة التقادم ستة أشهر .

فهرس مجمل لمشتملات الكتاب

صفحة

كلمة افتتاحية

مقدمة : نظرة فى التقنين المدنى الجديد

صفحة

صفحة

الكتاب الاول
من القانون المدنى الجديد

الالتزامات بوجـــه عام

مصادر الالتزام

الباب الاول

العـــقد

صفحة

الفصل الأول - أركان العقد

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — آثار العقد

صفحة

الفصل الثالث - زوال العقد

صفحة

الباب الثانى

العمل غير المشروع

(المسئوليـــة التقصيرية)

الفصل الاول

المسئولية عن الاعمال الشخصية

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

صفحة

صفحة

الباب الثالث

الاثراء بلا سبب

صفحة

الفصل الأول

القاعدة العامة : الاثراء بلا سبب

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

دفع غير المستحق والفضالة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الرابع
القانون

صفحة

